

Apparent Authority und Agency Power

Vertretungsmacht ohne Vertretungsbefugnis im anglo - amerikanischen Recht

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines
Doktors der Rechte durch die Rechts- und Staats-
wissenschaftliche Fakultät der Westfälischen
Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von

Alfons Böcker

aus Lünen a. d. Lippe

~~1963~~

1962

Apparent Authority und Agency Power

Vertretungsmacht ohne Vertretungsbefugnis im anglo - amerikanischen Recht

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines
Doktors der Rechte durch die Rechts - und Staats-
wissenschaftliche Fakultät der Westfälischen
Wilhelms - Universität zu Münster

vorgelegt von

Alfons Böcker

aus Lünen a. d. Lippe

1 9 6 3

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Fikentscher
2. Berichterstatter: Prof. Dr. Gmür
3. Dekan: Prof. Dr. Schelsky
4. Tag der mündlichen Prüfung: 15. Dezember 1962



I N H A L T

LITERATURVERZEICHNIS	VII
----------------------------	-----

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	XV
-----------------------------	----

E I N L E I T U N G

1. Die Unabhängigkeit der Vertretungsbefugnis (authority) vom Grundverhältnis (agreement of agency)	1
2. Die Unabhängigkeit der Vertretungsmacht von der Vertretungsbefugnis (authority)	11

T E I L I.

VERTRETUNGSMACHT (POWER) AUF GRUND VON APPARENT AUTHORITY

1. A b s c h n i t t

DER BEGRIFF DER APPARENT AUTHORITY	13
--	----

2. A b s c h n i t t

DIE THEORETISCHEN GRUNDLAGEN DER APPARENT AUTHORITY

1. Die Estoppel-Theorie	15
(1) Das Estoppel im allgemeinen und seine geschicht- liche Entwicklung	15
(2) Das Estoppel by record und das Estoppel by deed	18
(3) Das Estoppel in pais	19
a. Allgemeines	19
b. Das Estoppel by representation als wichtigste Unterart des Estoppel in pais	19
(a) Allgemeines	19
(b) Agency by estoppel - Die apparent authority als Erscheinungsform des Estoppel by representation	24
2. Die "objective contract" - Theorie	27
(1) Die Theorie im Law of Contract und ihre geschicht- liche Entwicklung - "Subjective contract" (con- sensus by estoppel) und "objective contract"	27
(2) Die Übertragung der Theorie auf das Law of Agency...	32

3. A b s c h n i t t

DIE VORAUSSETZUNGEN DER APPARENT AUTHORITY IM EINZELNEN

1. Der Anscheinstatbestand	38
(1) "Manifestation" des Prinzipals	38

(2) Die Begrenzung der Haftung des Prinzipals	42
a. Die Verantwortlichkeit für den Anscheins- tatbestand	43
b. Begrenzung der Haftung bei vorsätzlicher Unterlassung und fahrlässigem Verhalten	44
(a) die vorsätzliche Unterlassung	44
(b) das fahrlässige Verhalten	44
aa. Fahrlässigkeit (negligence) im allgemeinen	44
bb. Negligence und apparent authority (insbesondere im Zusammenhang mit der Überlassung von Wertpapieren an den agent)	47
(aa) positives Tun	47
(bb) Unterlassen	48
(Überlassung von title-deeds - apparent ownership - Abtretungs- blankette - negotiable instruments - Blankoakzepte)	
c. Kausalzusammenhang zwischen der "manifestation" des Prinzipals und dem Vertrauen des Dritten	60
(a) Apparent authority und verdeckte Stellver- tretung	60
(b) "Manifestation" des agent	61
(c) Apparent authority auf Grund öffentlicher Bekanntmachung	63
(d) Begrenzung der Haftung des Prinzipals mit dem "remoteness"-Prinzip	64

4. A b s c h n i t t

DIE BEENDIGUNG DER APPARENT AUTHORITY	67
---	----

5. A b s c h n i t t

DIE FÄLLE DER APPARENT AUTHORITY NACH DEUTSCHEM RECHT

1. Apparent authority und Außenvollmacht	67
2. Apparent authority und Anscheinsvollmacht	68
(1) Der Begriff der Anscheinsvollmacht - Anscheinsvollmacht und Duldungsvollmacht	68
(2) Begrenzung der Haftung des Prinzipals aus der Anscheinsvollmacht	72
(3) Anscheinsvollmacht auf Grund öffentlicher Bekanntmachung	74
(4) Beendigung der Anscheinsvollmacht	74
3. Zusammenfassung	75

T E I L II

VERTRETUNGSMACHT (POWER) AUF GRUND DES AGENCY-VERHÄLTNISSES
(AGENCY POWER)

1. A b s c h n i t t

1. Allgemeines - die Nachprüfungspflicht des Dritten	76
2. Der Zusammenhang zwischen der Nachprüfungspflicht des Dritten und der power des agent	77
(1) Beschränkungen der authority, deren Bestehen der Dritte nicht oder nur unter besonderen Schwierig- keiten nachprüfen kann	77
a. Beschränkungen der authority durch "geheime Weisungen"	77
b. Abhängigkeit der authority von Tatsachen, über deren Vorliegen nur der agent Auskunft geben könnte	81
(a) Abhängigkeit von subjektiven Tatsachen, insbesondere dem redlichen Beweggrund des agent	81
(b) Abhängigkeit von objektiven Tatsachen	84
c. Die Konstruktion der Verpflichtung des Prinzipals (Beschränkungen der Vertretungs- macht - limitations of power - und Weisungen im Innenverhältnis - instructions)	89
(2) Beschränkung der authority, deren Bestehen der Dritte wegen der besonderen Eigenschaft des agent nicht nachzuprüfen braucht	92
a. die Einräumung von Ermessen und damit einer Vertrauensstellung - Allgemeines	92
b. die power des general agent	94
(a) der Begriff "general agent"	94
(b) die power des general agent im Rahmen der offenen Stellvertretungen	95
(c) die power des general agent im Rahmen der verdeckten Stellvertretung	100
aa. Die verdeckte Stellvertretung im allgemeinen und ihre geschichtliche Entwicklung	100
bb. Die Anwendung der Regeln über die power des general agent auf die Fälle der verdeckten Stellvertretung	102
(d) General agents "kraft Gesetzes"	105
c. Die Konstruktion der power des general agent	107

2. A b s c h n i t t

DER GRUNDGEDANKE DER AGENCY POWER	108
---	-----

3. Abschnitt

DIE BEENDIGUNG DER AGENCY POWER	112
---------------------------------------	-----

4. Abschnitt

DIE FÄLLE DER AGENCY POWER NACH DEUTSCHEM RECHT

1. Der Umfang der Vertretungsmacht des intern bevollmächtigten Vertreters	113
(1) Vollmachtsbeschränkungen und Weisungen (Instruktionen)	113
(2) Der Zusammenhang zwischen der Nachprüfungspflicht des Dritten und der Vertretungsmacht	115
(3) Die Konstruktion der Vertretungsmacht bei nicht nachprüfbaren Vollmachtsbeschränkungen	123
2. Die "agency power" des "general agent" nach deutschem Recht	126

T E I L III

DIE GUTGLÄUBIGKEIT DES DRITTEN

1. Anglo-amerikanisches Recht	128
(1) Kenntnis (notice) vom Mangel der authority	128
(2) Kollusion	129
(3) Die Ansicht Persons zum "Mißbrauchstatbestand"	130
2. Deutsches Recht	131
(1) Die der apparent authority entsprechenden Fälle der Scheinvollmacht und der Außenvollmacht	131
a. Scheinvollmacht	131
b. Außenvollmacht	132
(a) Der "Mißbrauch" der Vertretungsmacht	132
(b) Mißbrauch in Form der Kollusion	136
(2) Die der "agency power" entsprechenden Fälle der Innenvollmacht	137

LITERATURVERZEICHNIS

- American Law Institute Restatement of the Law of Agency,
St. Paul, Minn. 1933
Restatement of the Law of Agency,
Second, St. Paul, Minn. 1958
Restatement of the Law of Contract,
St. Paul, Minn. 1932
Annotations to the Restatement of
Agency
Tentative Drafts No. 1, Agency, 1953
(Reporter: Seavey)
Tentative Drafts No. 2, Agency, 1954
(Reporter: Seavey)
- Anson, W.R. Principles of the English Law of
Contract and of Agency in its
Relation to Contract,
19. Aufl., Oxford 1947, bearbeitet von
Brierly (Zitiert: Anson)
21. Aufl., Oxford 1959, bearbeitet von
Guest (zitiert: Anson-Guest)
- Atiya, P.S. An Introduction to the Law of
Contract, Oxford 1961
- Bancroft-Whitney Co.,
The Lawyers Co-operative
Publishing Company,
San Francisco, Cal. und
Rochester, N.Y. American Jurisprudence,
Bd. 2, Agency,
Bd. 12, Contracts,
Bd. 19, Estoppel,
Bd. 27, Infants,
Bd. 38, Negligence
- Bauer-Mengelberg, Rudolf Generalvollmacht, Leipzig und Berlin 1932
- Baumbach-Duden Handelsgesetzbuch, München und Berlin
11. Aufl., 1955
13. Aufl., 1959
- Bäumer, Walter Der Vollmachtsmißbrauch und das
Problem der abstrakten Vollmacht,
Diss., Köln 1939
- Becker, Walter G. Gegenopfer und Opferverwehrung,
Berlin und Frankfurt/M. 1958

- Bergenthal, Paul Vollmacht und Auftrag im Allgemeinen Landrecht für die preußischen Staaten, im Code Civil und im Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Diss., Köln 1937
- Berger, Hans Zur Frage des Mißbrauchs der Vertretungsmacht, Diss., Köln 1936
- Beven, Thomas Negligence in Law (Beven on Negligence), bearbeitet von Byrne und Gibb, London 1928
- Bigelow, M. A Treatise of the Law of Estoppel or of Incontestable Rights, Boston 1913
- Bodenheimer Präjudizienverwertung und Gesetzesauslegung im amerikanischen Recht, AcP 160 S. 1 ff, Tübingen 1962
- Bouvier, John Bouvier's Law Dictionary and Concise Encyclopedia, bearbeitet von Rawle, Kansas City, Mo. und St. Paul, Minn. 1914
- Bowstead, William Bowstead on Agency, bearbeitet von E.J. Griew, London 1959
- Burke, John Current Law Year Book, London 1947, 1948
- Cassel, Eduard Stillschweigende Bevollmächtigung und Scheinvollmacht im Handelsrecht, Diss., Marburg 1934
- Chitty, Joseph Chitty on Contracts, 21. Aufl. bearbeitet von J. Burke und P. Allsop, Bd. 1, London 1955
- Dietz, Hans Die stillschweigende Bevollmächtigung, Diss., Mainz 1933
- Enneccerus Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl., Marburg 1928
- Enneccerus-Lehmann Recht der Schuldverhältnisse, 14. Aufl., Tübingen 1954
- Enneccerus-Nipperdey Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 14. Aufl., Tübingen 1955

- Erbach, Hans Die stillschweigende Bevollmächtigung in der neueren Rechtsprechung, Diss., Marburg 1930
- Ernst, Otto Haftung aus Scheinvollmacht, Diss., Freiburg i.Br. 1934
- Esser, Josef Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956
- Person, Merton Principles of Agency, Brooklyn, N.Y. 1954
- Fikentscher Scheinvollmacht und Vertreterbegriff, AcP 154 S. 1 ff., Tübingen 1955
- Gierke, Julius von Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, Berlin 1955
- Halsbury-Hailsham Laws of England, 2. Aufl., London 1931/1940 Bd. 1, 2, 3, 13, 17, 32 und Ergänzungsbände (Supplements) bis 1956
- Halsbury-Chitty The English and Empire Digest, London 1925/1929, Bd. 1, 3, 6, 9, 10, 20, 34, 43 und Ergänzungsbände bis 1956
- Hammel Wann wirkt bei der Vertretungsmacht die bloße Überschreitung des zwischen Vertreter und Vertretenem bestehenden Innenverhältnisses auf das Außenverhältnis zwischen Vertretenem und Dritten ein? JW 1933 S. 2875 ff.
- Hanbury, Harold G. The Principles of Agency, London 1952
- Heinsheimer (Schwarz, Goldschmidt, Kohlmann) Zivilgesetze der Gegenwart, Bd. II: Das Zivilrecht Englands in Einzeldarstellungen, 1 Teil, Mannheim-Berlin-Leipzig 1931
- Hughes, J.D.I. Consensus by Estoppel, LIV L.Q.R. 370 ff., London 1935
- Hupka, Josef Die Vollmacht, Leipzig 1900

- Ihering, Rudolph von Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte,
Ihering Jahrb. Bd. 1 S. 273 ff., 1857
- James, Philip Introduction to English Law, London 1959
- Jenks, Edward A Digest of English Civil Law, London 1938
- Kipp, Theodor Zur Lehre von der Vertretung ohne Ver-
tretungsmacht, RGPrax. Bd.2 S.273 ff.,
1929
- Kraus, Alfred Der Schutz des Vertrauens auf den
"äußeren Tatbestand" im Stellvertre-
tungsrecht des bürgerl. Gesetzbuches,
Diss., Köln 1935
- Laband, Paul Die Stellvertretung bei dem Abschluß
von Rechtsgeschäften nach dem allgem.
deutschen Handelsgesetzbuch, Z.f.d.
ges. Handelsrecht Bd. 10 S. 183 ff., 1866
- Langenbach, Wilhelm Grundzüge des Law of Agency als der
Lehre von der Geschäftsführung nach eng-
lischem Recht, Diss., Köln 1927
- Lehmann, Heinrich Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetz-
buches, 11. Aufl., 1958
- Levy, Heinz Kollision und Mißbrauch im Vollmachts-
recht, Diss., Köln 1933
- Llewellyn, K.N. Präjudizienrecht und Rechtsprechung in
Amerika, 1933
- Mathew, Theobald Law French, LIV L.Q.R. 358 ff.,
London 1935
- Mechem, Floyd R. Outlines of the Law of Agency, bearbei-
tet von Ph. Mechem, Chicago 1952
- Müller-Freienfels,
Wolfram Die "Anomalie" der verdeckten Stellver-
tretung des englischen Rechts, Z.f.ausl.
u. int. PrR 1952 S. 578 ff.,
(zitiert mit Fundstelle)
- Die Vertretung beim Rechtsgeschäft,
Tübingen 1955

- Oertmann, Paul Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen, 3. Aufl., Berlin 1927
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 20. Aufl., München und Berlin 1961
- Phipson The Law of Evidence (Phipson on Evidence), bearbeitet von Burrows, London 1942
- Pikart, Heinz Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur rechtsgeschäftlichen Stellvertretung, WM 1959, 358 ff.
- Planck Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 4. Aufl., Berlin und Leipzig 1913
- Pollock-Winfield Principles of Contract, London 1946
- Powell, Raphael The Law of Agency, London 1952
- Predari Zwei Fragen aus dem Gebiete des Geschäftsabschlusses in sich-selbst, Gruch. Bd. 63 S. 675 ff.
- Prosser Kausalzusammenhang und Fahrlässigkeit (übersetzt von Griesse), Heft 74 der Veröffentlichungen der Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen, 1957
- Regelsberger Besprechung von Wellspacher: Das Vertrauen auf äußere Tatbestände, Kr. V.J.Schr. 47 S. 284 ff., 1907
- Reichsgerichtsräte-Kommentar zum BGB, 8. Aufl., Berlin und Leipzig 1934, 10. Aufl. 1953
- Rheinstein, Max Die Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses im anglo-amerikanischen Recht, Berlin und Leipzig 1932
- Riezler, Erwin Venire contra factum proprium, Leipzig 1912

- Rinck, Gerd Pflichtwidrige Vertretung, Bd. 2 der
Neuen Deutschen Forschungen, Abteilung
Bürgerliches Recht, Handels- und Wirt-
schaftsrecht, Berlin 1936
- Robinson, Gustavus H. Handbook of Admiralty Law in the United
States, St. Paul, Minn. 1939
- Rosenberg Stellvertretung im Prozeß, 1908
- Salmond-Williams Principles of the Law of Contracts,
London 1945
- Salmond-Winfield Principles of the Law of Contracts,
London 1927
- Schirrmeister-Prochownik Das bürgerliche Recht Englands
Bd. 1, erste Hälfte, Berlin 1906
- Schlegelberger Handelsgesetzbuch, 1955
- Seavey, Warren A. Agency Powers, 1 (1948) University of
Oklahoma Law Review S. 1 ff., abgedr. in
Seavey: Studies on Agency, S. 181 ff., 1949
(zitiert aus Studies on Agency)
The Rationale of Agency, 29 (1920)
Yale Law Review S. 859, abgedr. in:
Seavey, Studies on Agency, S. 65 ff.
(zitiert aus Studies on Agency)
Tentative Drafts zum Restatement of Agency,
s. unter American Law Institute
- Seavey-Hall Cases on Agency, St. Paul, Minn. 1956
- Siebert, Wolfgang Zur Lehre vom Mißbrauch der Vertretungs-
macht, Z.f.d.ges. Staatsw., Bd. 95 S.629
ff., 1934/35
Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhält-
nis, Marburg 1933
- Simpson, Laurence P. Handbook of the Law of Contracts,
St. Paul, Minn. 1954
- Smith-Thomas A Casebook on Contract, London 1957

Soergel	Bürgerliches Gesetzbuch, Stuttgart 1952 u. 1959
Staub	Staubs Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 14. Aufl., Berlin und Leipzig 1932
Staudinger, von	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl., 1925, u. 11. Aufl., 1955
Steffen	Cases on the Law of Agency, St. Paul, Minn. 1952
Stoll	Der Mißbrauch der Vertretungsmacht, Festschrift für Heinrich Lehmann zum 60. Geburtstag, 1936
Street, Harry	The Law of Torts, London 1955
Stroud	Judicial Dictionary, 1909
Taylor, Pitt	A Treatise on the Law of Evidence as administered in England and Ireland (Taylor on Evidence), bearbeitet von Matthews u. Spear, London 1920
Tiffany, Francis B.	Handbook of the Law of Principal and Agent, bearbeitet von Richard R.B. Powell, St. Paul, Minn. 1924
Tuhr, Andreas von	Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts II. Band, 2. Hälfte, Berlin 1918/1957 Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 1924
Wellspacher, Moritz	Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im Bürgerlichen Recht, Wien 1906
West Publishing Co.	Words and Phrases (Permanent Edition), Bd. 2, 3, 4, 15, 16 und 30, St. Paul, Minn.
Whitney, Frederick A.	The Law of Contract, Albany, N.Y. 1958

- Williston, Samuel A Treatise on the Law of Contract,
Bd. 2, bearbeitet von W.H.E. Jaeger,
Mount Kisco, N.Y. 1959
- Wilson, W.F. Principles of the Law of Contract,
London 1957
- Würdinger, Hans Die Geschichte der Stellvertretung in
England, Marburg 1933
- Zweigert, Konrad Zur Methode der Rechtsvergleichung,
in Studium Generale 1960 S. 193 ff.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

A.	Atlantic Reporter, USA
A.2d	Atlantic Reporter, Second Series, USA
a.A.	anderer Ansicht
A.C. (mit vorangestelltem Jahr)	Law Reports, Appeal Cases, House of Lords oder Privy Council, von 1891 an, Engl.
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
A.D.	Am. Dec.
Ad. & El.	Adolphus & Elis's Reports, Engl.
Ala.	Alabama Reports, USA
Ala. App.	Alabama Appellate Court Reports, USA
All E.R.	All England Reports
A.L.R.	American Law Reports
A.L.R. 2d	American Law Reports, Second Series
Am.Dec.	American Decisions
Am.Jur.Agy.	American Jurisprudence, Agency
Am.Jur.Contr.	American Jurisprudence, Contracts
Am.Jur.Est.	American Jurisprudence, Estoppel
Am.Jur.Infants	American Jurisprudence, Infants
Am.Jur.Negl.	American Jurisprudence, Negligence
Am.Rep.	American Reports (selected cases)
Am.St.Rep.	American State Reports
Anm.	Anmerkung
App.Div.	Appellate Division, New York
Ark.	Arkansas Reports, USA
Art.	Artikel, article oder section
AUS.	nach Bezeichnung der Entscheidungssammlung: australische Entscheidung
BB	Der Betriebsberater
Beav.	Beavan's Reports, Rolls Court, 1838-66, Engl.
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des BGH in Zivilsachen
Bro(s).	Brother(s)
B. & Ald.	Barnewall and Alderson's Reports, King's Bench, 1817-22, Engl.

B. & S.	Best and Smith's Reports, Queen's Bench, 1861-70, Engl.
C.A.	Court of Appeal Reports (New Zealand)
Cab. & El.	Cababé and Ellis's Reports, Queen's Bench Division, 1882-85, Engl.
Cal.	California Reports, USA
Cal. App.	California Appellate Court Reports, USA
CAN.	Nach Bezeichnung der Entscheidungssammlung: kanadische Entscheidung
Car. & Kir.	Carrington and Kirwan's Reports, Nisi prius, 1843-53, Engl.
C.B.	Common Bench Reports, 1845-56, Engl.
C.B.N.S.	Common Bench Reports, New Series, 1856-65, Engl.
C.C.A.	Circuit Court of Appeals Reports, USA
Ch.(mit vorangest.Jahrgg.)	Law Reports, Chancery Division, von 1890 an, Engl.
Ch.App.	Law Reports, Chancery Appeals, 1865-75, Engl.
Ch.D.	Law Reports, Chancery Division, 1875-90, Engl.
Col.L.Rev.	Columbia Law Review, USA
Colo.	Colorado Reports, USA
Co.Litt.	Coke on Littleton, Engl.
Conn.	Connecticut Reports, USA
C.P.	Upper Canada Common Pleas
C.P.D.	Cape Provincial Division Reports, S.Afr.
C.W.N.	Calcutta Weekly Notes, Ind.
Cush.	Cushing's Massachusetts Reports, USA
Del.	Delaware Reports, USA
Dig.	The English and Empire Digest
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
D.L.R.	Dominion Law Reports, Canada
East	East's Reports, King's Bench, 1800-12, Engl.
E.L.R.	Eastern Law Reporter, Canada
Enneccerus-Nipp.	Enneccerus-Nipperdey

E.R.	English Reports
Esp.	Espinasse's Reports, Nisi prius, 1793-1810, Engl.
Exch.	Exchequer Reports (Welsby, Hurlstone and Gordon), 1847-56, Engl.
Ex. D.	Law Reports, Exchequer Division, 1875-80, Engl.
F. oder Fed.	Federal Reporter, USA
F. 2d	Federal Reporter, Second Series, USA
F. & F.	Foster and Finlason's Reports, Nisi prius, 1856-67, Engl.
Fla.	Florida Reports, USA
F. Supp.	Federal Supplement, USA
Ga.	Georgia Reports, USA
Ga. App.	Georgia Appeals, USA
Gruch.	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot
Harv.L.Rev.	Harvard Law Review, USA
H. & C.	Hurlstone and Coltman's Reports, Exchequer, 1862-66, Engl.
Hill (N.Y.)	Hill's Reports, New York, USA
H.L.Cas.	Clark's Reports, House of Lords, 1847-66, Engl.
h.M.	herrschende Meinung
H. & N.	Hurlstone and Norman's Reports, Exchequer, 1856-62, Engl.
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
i.e.	id est
Iherings Jahrb.	Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts
Ill.	Illinois Reports, USA
Ill.App.	Illinois Appellate Court Reports, USA
Ill.L.Rev.	Illinois Law Review, USA
I.L.R... Calc.	Indian Law Reports, Calcutta
Inc.	Incorporated
IND.	Nach Bezeichnung der Entscheidungssammlung: indische Entscheidung
I.R.	Irish Reports
IRL.	Nach Bezeichnung der Entscheidungssammlung: irische Entscheidung

i.V.m.	In Verbindung mit
J.	Judge
JW	Juristische Wochenschrift
K.B.(mit voran- gest.Jahr)	Law Reports, King's Bench Division, von 1901 an, Engl.
Kr.V.J.Schr.	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Verwaltung
Ky.	Kentucky Reports, USA
La.	Louisiana Reports
L.Ed.	Lawyer's Edition Supreme Court Reports, USA
L.J.	Lord Justice
L.J.Ch.	Law Journal, Chancery, von 1831 an, Engl.
L.J.Ex.	Law Journal, Exchequer, 1831-75, Engl.
L.J.K.B.	Law Journal, King's Bench, von 1831 an, Engl.
L.J.Q.B.	Law Journal, Queen's Bench, s.L.J.K.B.
L.M.	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des BGH in Zivilsachen
L.Q.R.	Law Quarterly Review, Engl.
L.R...C.P.	Law Reports, Common Pleas, 1865-75, Engl.
L.R...Eq.	Law Reports, Equity Cases, 1865-75, Engl.
L.R...Exch.	Law Reports, Exchequer, 1865-75, Engl.
L.R...P.C.	Law Reports, Privy Council, 1865-75, Engl.
L.R...Q.B.	Law Reports, Queen's Bench, 1865-75, Engl.
<u>L.T.</u>	Law Times Reports, von 1859 an, Engl.
Ltd.	Limited (company)
Mass.	Massachusetts Reports, USA
Md.	Maryland Reports, USA
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Me.	Maine Reports, USA
Mich.	Michigan Reports, USA
Minn..	Minnesota Reports, USA
Mo.	Missouri Reports, USA

Mood. & M.	Moody and Malkin's Reports, Nisi prius, 1826-30, Engl.
Mont.	Montana Reports, USA
M.R.	Master of Rolls, engl. Richter
Mut.Ins.Co.	Mutual Insurance Company
M. & W.	Maule and Selwyn's Reports, King's Bench, 1813-17, Engl.
m.w.Nachw.	mit weiteren Nachweisen
Nat.	National
N.B.R.	New Brunswick Reports, USA
N.C.	North Carolina Reports, USA
N.D.	North Dakota Reports, USA
N.E.	North Eastern Reporter, USA
N.E. 2d	North Eastern Reporter, Second Series
N.H.	New Hampshire Reports, USA
N.J.Eq.	New Jersey Equity Reports, USA
N.J.L. (Zab.)	Zabriskie's New Jersey Law, USA
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
N.W.	North Western Reporter, USA
N.Y.	New York Court of Appeal Reports
N.Y.S.	New York Supplement
N.Y.Super.	New York Superior Court Reports
N.Y.Super.Ct. (Sandf.)	Sandford's New York Superior Court Reports
N.Y.(Tiff.)	Tiffany's Reports, New York Court of Appeals
N.Z.	Nach Bezeichnung der Entscheidungssammlung: neuseeländische Entscheidung
N.Z.L.R.	New Zealand Law Reports, von 1883 an
Obl.-R.	Schweizerisches Obligationenrecht
Ohio St.	Ohio State Reports, USA
Okla.	Oklahoma Reports, USA
Or.	Oregon Reports, USA

P.	Pacific Reporter, USA
P.2d	Pacific Reporter, Second Series, USA
Park.	Parker's Reports, 1678 - 1717
Pa.St.	Pennsylvania State Reports, USA
PrALR	Preußisches Allgemeines Landrecht
Q.B.D.	Law Reports, Queen's Bench Division, 1875-90, Engl.
RA	The American Restatement of Agency
RA 2d	RA, Second Series
RC	The American Restatement of Contract
Recht	Zeitschrift "Das Recht"
RG	Reichsgericht
RGPrax.	Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben
RGRK.	Reichsgerichtsräte-Kommentar
RGZ	Entscheidungen des RG in Zivilsachen
R.I.	Rhode Island Reports, USA
R.L.N.S.	Revue Légale, New Series, Canada
ROHG	Entscheidungen des Reichsoberhandels- gerichts
RSpr.	Rechtsprechung
Ry.Co.	Railway Company
S.Afr.	Nach Bezeichnungen der Entscheidungs- sammlung: südafrikanische Entscheidung
S.C.R.	Supreme Court Reports, Canada
S.E.	South Eastern Reporter, USA
sec.	Section
SeuffA.	Seufferts Archiv für Entscheidungen oberer Gerichte
S.Nav.Co.	Steam Navigation Company
So.	Southern Reporter, USA
s.O.	siehe oben
S.S.Co.	Steam Ship Company
Steff.Cs.	Steffen, Cases on the Law of Agency, USA
st.RSpr.	ständige Rechtsprechung
s.u.	siehe unten
S.W.	South Western Reporter, USA
S.W.2d	South Western Reporter, Second Series, USA

Tenn.	Tennessee Reports, USA
Tent.Draft	Tentative Draft zum American Restatement
Tex.	Texas Reports, USA
Tex.Civ.App.	Texas Civil Appeals Reports, USA
T.L.R.	The Times Law Reports, von 1884 an, Engl.
U.S.	United States Reports
Va.	Virginia Reports, USA
Wall.	Wallace's United States Supreme Court Reports
Warn.	Warneyer, Die Rechtsprechung des RG
Willson Civ.Cas. Ct.App.	Willson's Civil Cases, Court of Appeals, Texas, USA
Wis.	Wisconsin Reports, USA
W.L.R.	Western Law Reporter, Canada
WM	Wertpapier-Mitteilungen
W.R.	Weekly Reporter, 1852-1906, Engl.
W.W.R.	Western Weekly Reports, Canada
Z.f.ausl. u. int.PrR.	Zeitschrift für ausländisches und inter- nationales Privatrecht, begründet von Rabel
Z.f.d.ges.Han- delsrecht	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht, begründet von Goldschmidt
Z.f.d.ges.Staatsw.	Zeitschrift für die gesamte Staats- wissenschaft

(Bei amerikanischen Entscheidungen ist das Jahr der Entscheidung hinter, in allen anderen Fällen vor der Fundstelle angegeben.)

E i n l e i t u n g

1. Die Unabhängigkeit der Vertretungsbefugnis (authority) vom Grundverhältnis (agreement of agency)

Das Institut der agency erfüllt die Aufgabe der Stellvertretung und damit der Arbeitsteilung bei Rechtsgeschäften⁽¹⁾ des Prinzipals mit Dritten. Im engeren Sinn ist die agency das Rechtsverhältnis zwischen dem Prinzipal und seinem Stellvertreter (agent).⁽²⁾

§ 1 (1) des American Restatement⁽³⁾ of the Law of Agency definiert die agency als "... relationship which

- (1) Ein rein tatsächlicher Vorgang kann nicht Gegenstand der agency sein, Powell S.5; Anson S.387; Salmond-Winfield S.339; Langenbach S.11.
- (2) Im weiteren Sinne wird auch der "Schein"-agent als agent bezeichnet (Powell S.5). Wegen der hier nicht interessierenden Abgrenzung zwischen agent einerseits und servant und independent contractor andererseits s. RA § 2 (2) bzw. (3); Powell S.6 ff. bzw. 21 ff.
- (3) Das 1933 erschienene American Restatement of Agency ist nach dem 1932 erschienenen Restatement of Contracts der zweite Teil der vom American Law Institute in Abständen herausgegebenen Kodifizierung der wichtigsten Gebiete des amerikanischen "common law" (im weiteren Sinne, also einschließlich der Rechtssätze der equity). Es ist weit weniger konzentriert als das BGB und enthält daher eine sehr viel größere Anzahl von Artikeln (sections). Das amerikanische Recht ist im wesentlichen rezipiertes englisches Recht, wenngleich es sich auch besonders seit dem vorigen Jahrhundert selbständig und mitunter anders fortentwickelt hat (Llewellyn S.6). Das Restatement, das der Tendenz zur Rechtszersplitterung entgegenwirken soll (Llewellyn S.30), hat als private Kodifizierung natürlich nicht Gesetzeskraft. Es wirkt nur durch die "accuracy of the statements of law", die durch die wissenschaftliche Autorität des Instituts verbürgt ist (Einführung zum RA, vgl. auch Becker S.17). Inwieweit die Entscheidungen in den einzelnen Bundesstaaten mit dem Restatement übereinstimmen, ergibt sich aus den Annotations zum Restatement. Entscheidungen, die das Restatement anführen, werden von Zeit zu Zeit in "The Restatement in the Courts" veröffentlicht. - Zur Geschichte des amerikanischen innerhalb des anglo-amerikanischen Rechts, vor allem zu den Besonderheiten des Rechts in den einzelnen Bundesstaaten, s. Becker S.466 ff.

results from the manifestation of consent by one person to another that the other shall act on his behalf and subject to his control, and consent by the other so to act..." Durch die "manifestation of consent" erteilt der Prinzipal dem agent die authority, für ihn - jedoch nicht notwendig in seinem Namen - zu handeln ("to act on his behalf").⁽⁴⁾ Dementsprechend werden die authority-Erteilung des Prinzipals und die Zustimmung des agent als die wesentlichen Elemente der agency bezeichnet: "The relation of agency arises whenever one person, called 'the agent' has authority to act on behalf of another, called 'the principal' and consents so to act."⁽⁵⁾

Demnach entsteht die agency, wenn nicht ausnahmsweise ex lege,⁽⁶⁾ durch Vertrag zwischen Prinzipal und agent.⁽⁷⁾

In Rechtsprechung und Schrifttum wird häufig bemerkt, das agency-Verhältnis habe rechtlich zwei Wirkungen, und zwar:

- a) nach außen, daß der agent die authority und power habe, auf die Rechtsverhältnisse des Prinzipals zu Dritten einzuwirken;
- b) nach innen, daß der agent dem Prinzipal verpflichtet sei, dessen Weisungen zu befolgen, und der

(4) RA §§ 1 (1), 7, 15.

(5) Halsbury 1 Art. 350; Rechtsprechungshinweise in words and Phrases 2 S. 719 ff.

(6) Bowstead S.1; Anson S. 21; Langenbach S.21; Salmond-Winfield S.344. Zu der hierher gehörenden agency of necessity wird u.a. die "implied agency" der Ehefrau gerechnet (Salmond-Winfield S.344; Bowstead S.1 Anm.3, S.20 ff.) sowie die authority der Organe (~~representatives~~) der juristischen Person (Salmond-Winfield S.345).

(7) Pole v. Leask (1862), 33 L.J.Ch.155; L.J.James in Marwick v. Hardingham (1880), 15 Ch.D.339: "The relation of principal and agent requires the consent of both parties"; Bowstead S.1; Powell S.4,238; Jenks Art.462; 2 Am.Jur.Agy. § 21; RA §§ 1, 15; vgl. auch Müller-Freienfels S.3 Anm.23 m.w.Nachw. "Vertrag" hier jedoch nicht stets in der Bedeutung von "contract", da ohne consideration möglich (Powell S.238; RA § 16), mindestens aber in der Bedeutung von "agreement" (vgl. RA § 1 comment b; Becker S.24).

Prinzipal dem agent verpflichtet sei, die etwa vereinbarte Vergütung zu gewahren, die Aufwendungen zu ersetzen u.s.w.⁽⁸⁾

Daraus könnte geschlossen werden, die authority könne nicht ohne agency-Verhältnis bestehen, das agency-Verhältnis sei also "the origin of the agent's authority."⁽⁹⁾ Dieser Schluß ist jedoch nicht gerechtfertigt. Wenn gesagt wird, daß die authority im agency-Verhältnis ihren Ursprung habe, dann soll damit nur ausgedrückt werden, daß ein agency-Verhältnis ohne authority nicht denkbar ist und die authority dem Verhältnis erst den eigentlichen Sinn gibt: "The authority is the very essence and the sine qua non of the relationship."⁽¹⁰⁾

Das agency-Verhältnis kann den Charakter eines bloßen "agreement" ohne rechtliche Verpflichtungen der Parteien untereinander haben.⁽¹¹⁾ Es kann auch den Charakter eines beiderseits verpflichtenden "contract" haben, der die Vertretung des Prinzipals zum wesentlichen Inhalt hat. Schließlich kann es einem master-servant-Verhältnis oder einem

(8) Taft, J. in Central Trust Co. v. Bridges, 57 Fed. 753, 764 (1893): "An agency is created - authority is actually conferred - very much as a contract is made, i.e. by an agreement between the principal and agent that such a relation shall exist." Cheshire-Fifoot S.374: "The contract of agency produces effects of two different kinds, since it not only created an obligation between the principal and the agent, but, if performed, also causes privity (of contract, d.h. ein schuldrechtliches Verhältnis, Salmond-Winfield S.342) to be established between the principal and the third party...". So auch Tiffany S.9/10; zum südafrikanischen Recht s. Lee-Honorée (Nachw. bei Müller-Freienfels, S.3 Anm.23): "The power of representation created by a contract of agency is termed an 'authority' or a 'power'."

(9) Tiffany S. 7.

(10) 2 Am.Jur.Agy. § 85. So auch die indische Entscheidung Mohesh Chandra Bosa v. Radha Kishore Bhattacharjee (1908), 12 C.W.N. 28: "The essence or the matter is that the principal authorises the agent to represent or act for the principal in bringing him...into contractual relations with a third person." Das meint auch Langenbach (S.13), wenn er sagt, daß jeder agent authority habe. Insoweit trifft auch die Ansicht Sieberts zu (Treuhandverh., S.77/78 Anm.71), daß die agency sowohl die "Geschäftsführung" als auch die "Stellvertretung" umfasse.

(11) So beim Gefälligkeitsverhältnis, Mechem § 23.

sonstigen "contract of employment" derart eingegliedert sein, daß die Verpflichtung des agent, den Prinzipal rechtsgeschäftlich zu vertreten, neben Dienstpflichten anderer Art besteht, so daß das Dienstverhältnis als "gemischter Vertrag" auch Elemente eines agency-Vertrages enthält.⁽¹²⁾ Das agency-Verhältnis ist demnach ein Tätigkeitsverhältnis, dessen Zweck immer und ausschließlich in der rechtsgeschäftlichen Vertretung des Prinzipals besteht.⁽¹³⁾ Daß es kein agency-Verhältnis ohne authority des agent gibt, bedeutet allerdings nicht, daß authority nicht ohne ein agency-Verhältnis bestehen kann.

Der Prinzipal kann sich darauf beschränken, dem agent ein Angebot eines contract of agency zu machen, und es dem agent überlassen, das Angebot dadurch anzunehmen und den contract dadurch zustandezubringen, daß er dem Angebot entsprechend tätig wird. In diesem Falle wird der agent tätig "in pursuance of request or permission; the relation of principal and agent does not arise until the agent has entered upon performance."⁽¹⁴⁾

Daß die Erteilung der authority im Grunde Zustimmung, also ein einseitiger Akt ist und daß die authority in ihrer Entstehung von der Wirksamkeit des contract of agency losgelöst ist, wird besonders dann deutlich, wenn das agency-Verhältnis an Mängeln leidet. So beeinträchtigt die mangelnde capacity (Geschäftsfähigkeit) des agent nur die Wirksamkeit des contract of agency, nicht aber der authority: "So far as concerns the liability of P. (principal) to T. (third party), it is wholly immaterial whether the agreement between P. and A. (agent) has the character of a contract or falls short of a contract. The principal is

(12) Vgl. Words and Phrases 2 S. 737 ff.; Powell S. 25.

(13) Es kann daher weder schlechthin dem Auftrag gleichgesetzt werden noch dem Dienstvertrag oder dem Geschäftsbesorgungsvertrag (so Langenbach S. 11 u. Becker S. 24), da diese Rechtsverhältnisse nicht notwendig auf die rechtsgeschäftliche Vertretung gerichtet sind (zu § 675 BGB; Palandt-Gramm Anm. 2a).

(14) Tiffany S. 10.

bound by the act of the agent simply because he has authorized it. On the other hand, the mutual obligations of principal and agent rest largely, if not wholly, upon contract... Thus, though a principal may be bound by the act of an agent who is devoid of contractual capacity, he could not, because of the absence of a valid contract, maintain an action against the agent for failure to obey instructions." (15)

So bindet das vom agent abgeschlossene Rechtsgeschäft den Prinzipal auch dann, wenn z.B. wegen der Minderjährigkeit (minority) des agent der Tätigkeitsvertrag entweder nichtig ist oder jedenfalls den agent nicht verpflichtet. (16)

Während der volljährige agent, wenn er unentgeltlich und daher nicht auf Grund eines contract, sondern auf Grund eines bloßen agreement ohne consideration tätig wird, für Schlecht-Erfüllung (misfeasance) haftet, hat für den Min-

(15) Tiffany S.9/10.

(16) Powell S.239 ff.; Halsbury 1 Art.352, 17 Art. 1287; Smally v. Smally (1700) 21 E.R. 831. Contracts Minderjähriger sind nach englischem Recht in einigen Sonderfällen (z.B. wenn eindeutig zu ihrem Vorteil) uneingeschränkt wirksam, grundsätzlich aber voidable (d.h. nicht schwebend unwirksam - invalid until confirmed -, sondern schwebend wirksam - valid until repudiated) oder seltener (so nach dem Infants Relief Act von 1874) von Anfang an nichtig. Den voidable contract kann der volljährig (21 Jahre) Gewordene (nur er!) bestätigen oder widerrufen, letzteres aber auch schon vor der Volljährigkeit, nachher jedoch nur innerhalb angemessener Frist (vgl. bes. Lindley, M.R., in Viditz v. O'Hagan (1900), 2 Ch.87; Sale of Goods Act von 1893, sec.2; Halsbury 17 Art 1301 ff.; Anson S.121 ff.) Für den volljährigen Gegner ist der Vertrag von Anfang an bindend, doch kann der noch Minderjährige mangels Gegenseitigkeit nicht specific performance erwirken. Er kann aber, wenn er seinen Auftrag als agent ausgeführt hat, die Vergütung verlangen (Flight v. Bolland (1828), 38 E.R.817; Halsbury 17 Art.1311). Gleiches gilt, wenn der Vertrag von Anfang an nichtig ist, da er nur "void as against the infant" ist (Halsbury 17 Art.1307 ff. Anm.12)). (Bei Geisteskranken wird der gute Glaube an die Geschäftsfähigkeit geschützt; dazu sowie zu den übrigen Fällen der mangelnden capacity, vgl. Salmond-Winfield S.470 ff.) - Gleiches gilt im amerikanischen Recht, jedoch mit der Besonderheit, daß die Verträge, die nach englischem Recht void sein würden, nur voidable sind (27 Am.Jur.Infants, § 12 ff., bzgl. Anspruch des Minderjährigen, der seinen Auftrag erfüllt hat, s. § 53).

derjährigen das agreement, das durch seinen natürlichen, d.h. von seiner Geschäftsfähigkeit unabhängigen consent zu der ihm erteilten authority zwangsläufig entsteht, keinerlei Haftung zur Folge.⁽¹⁷⁾ Die Zustimmung des agent ist ausschließlich für das Verhältnis zwischen Prinzipal und Geschäftsgegner von Bedeutung. Da im anglo-amerikanischen Recht das Offenheitsprinzip nicht gilt, der agent also im eigenen Namen auftreten kann (verdeckte Stellvertretung - undisclosed agency), muß die Z u s t i m m u n g des agent vorliegen, damit die rechtlichen Wirkungen des von ihm abgeschlossenen Geschäfts den Prinzipal treffen. Das bedeutet allerdings nicht, daß es auf den inneren Vertretungswillen ankäme. Entscheidend ist vielmehr, ob das äußere Verhalten des agent auf seine Zustimmung schließen läßt. Tritt er im fremden Namen auf, so ist seine Zustimmung ohne weiteres anzunehmen. Tritt er im eigenen Namen auf, so ist seine Zustimmung ohne weiteres anzunehmen, wenn er sie anderweitig geäußert hat, z.B. dadurch, daß er sie dem Prinzipal mitgeteilt hat. Nur wenn das äußere Verhalten des agent keinerlei Rückschluß auf seine Zustimmung zuläßt, ist der innere Vertretungswille erforderlich, damit die Rechtswirkungen des Geschäfts den Prinzipal treffen.⁽¹⁸⁾

Das Rechtsgeschäft, das der nicht geschäftsfähige agent im Rahmen seiner authority abschließt, bindet den Prinzipal also allein deshalb, weil der Prinzipal dem agent authority erteilt hat und der agent mit Vertretungswillen handelte. Von der Wirksamkeit des Tätigkeitsverhältnisses hängt die Bindungswirkung also nicht ab. Tiffany⁽¹⁵⁾ stimmt daher offenbar mit Mechem darin überein, daß, wenn auch oft ein Vertrag (contract) der authority zugrunde

(17) Tiffany S. 12.

(18) Powell S. 238. Diese Regelung läuft praktisch darauf hinaus, daß bei der offenen Stellvertretung (disclosed agency) der Vertretungswille nicht erforderlich ist. Sie entspricht damit im wesentlichen der deutschen Regelung. Vgl. dazu Fikentscher S. 15 ff., zum Geschäft für den, den es angeht, S.21; so auch BGH JZ 62, 281 mit Anm. v. Flume und Hinweis auf Fikentscher a.a.O. Die Zustimmung setzt, wie erwähnt, nicht die Geschäftsfähigkeit des agent, sondern nur seine physical and mental ability für einen solchen consent voraus, Powell a.a.O.

liege, dennoch grundsätzlich die Zustimmung des Prinzipals die Grundlage der authority sei.⁽¹⁹⁾

Ohne die Einschränkung zu machen, daß die authority unter Umständen auf einem Vertrag beruhe, sieht das Re-statement die Zustimmung des Prinzipals als "the sole re-quirement" der authorisation an.⁽²⁰⁾ Die authorisation ist also ein einseitiger Akt des Prinzipals. Sie wird deshalb vielfach als "grant" bezeichnet.⁽²¹⁾ Soweit nicht ausnahms-weise common law oder statute eine besondere Form verlan-gen⁽²²⁾, ist grant of authority jede "manifestation" - jede mündliche oder schriftliche Erklärung oder jedes sonstige Verhalten (conduct) - des Prinzipals, die der Erklärungsempfänger bei verständiger Würdigung dahin auf-fassen durfte, daß er den Prinzipal rechtsgeschäftlich vertreten dürfe. Dabei ist der objektive Inhalt der mani-

-
- (19) Mechem § 23: "...while authority often results from a contract or is incorporated in one, no contract is necessary for the creation of authority... Consent is the basis of authority." So sieht auch von Tuhr, obwohl er nicht in Frage stellt, daß die Bevollmächtigung nach § 167 BGB im Grunde Zustimmung (consent) und einseitiges Rechtsgeschäft ist (S.378 ff., 215), die interne Vollmacht als auf Vertrag beruhend an, wenn sie so erteilt war, daß sie von der Zustimmung des Erklärungsgegners - z.B. von der Annahme des gleichzeitig gemachten Angebots eines Dienstvertrages - abhängen sollte (S.379); sie sei dann zwar durch Vertrag erteilt, hänge aber nicht von der Gültigkeit des Tätigkeitsvertrages ab (S.386). Von Tuhr räumt aber ein, daß man, wenn man auch hier an der Einseitigkeit der Bevollmächtigung festhalten wolle, eine Bevollmächtigung unter der Bedingung der Annahme der Dienstvertragsofferte konstruieren könne (S.379 Anm.12)
- (20) § 26 comment a, § 7; vgl. auch RA § 15 comment b: "A person may, by his sole act, create a power in another to act on his account, but ...agency... can exist only if the other accepts that power."
- (21) Salmond-Winfield S.340,344; Anson S.387; Salmond-Williams § 142: "The appointment of an agent is essentially a grant..."; vgl. auch Chatenay v. Brazilian Submarine Telegraph Co.Ltd.(1891), 1 Q.B.79: danach ist die förmliche Vollmacht (Power of attorney) "a one-sided instrument, not in any sense a contract."
- (22) Schriftliche authorisation ist nicht schon erforder-lich, wenn das abzuschliessende Geschäft der Schrift-form bedarf (Bowstead Art.22), sondern nur, wenn auch für die authorisation die Form vorgeschrieben ist, so z.B. in den sections 53,54 des Law of Property Act von 1925; vgl. auch RA § 26 comment f, § 30. Ist für das abzuschliessende Geschäft die execution of a deed, d.h. die Form der öffentlich beglaubigten Urkunde er-forderlich, so bedarf die authorisation derselben Form (Halsbury 1 Art.358; RA § 26; Langenbach S.19).

festation für die Auslegung der ausschließliche Anknüpfungspunkt.⁽²³⁾

Die authority entsteht also unabhängig von der Wirksamkeit des Tätigkeitsvertrags zwischen Prinzipal und agent. Der Prinzipal hat wirksam authority erteilt, wenn er wirksam seinen Willen zum Ausdruck gebracht hat, daß der agent ihn vertreten dürfe. Authority ist daher nicht erteilt, wenn der Prinzipal z.B. wegen Minderjährigkeit eine rechtlich wirksame Willenserklärung nicht abgeben konnte.⁽²⁴⁾

Endigt das agency-Verhältnis, so endigt auch die authority. Ist aber das agency-Verhältnis auf eine bestimmte Zeit abgeschlossen, so folgt daraus noch nicht, daß die authority für diese Zeit unwiderruflich ist, und zwar auch dann nicht, wenn die Unwiderruflichkeit ausdrücklich vereinbart wurde. Wirklich unwiderruflich - und bei Fehlen einer gegenteiligen Vereinbarung als unwiderruflich anzunehmen - ist die authority nur dann, wenn sie ganz oder zum Teil dem Interesse des agent dient (authority coupled with an interest).⁽²⁵⁾ Das ist z.B. anzunehmen, wenn die authority dem agent als Sicherheit für ein Darlehn oder zur Erlangung des Entgelts für eine erbrachte Leistung dienen soll,⁽²⁶⁾ nicht aber schon dann, wenn z.B. der agent für ein Jahr als Handelsvertreter angestellt ist mit der im Vertrage als "unwiderruflich" bezeichneten authority, Waren des Prinzipals zu vertreiben und von den Erlösen seine Provisionen einzubehalten.⁽²⁷⁾ Von den Fällen der wirk-

(23) Das Restatement definiert die manifestation als "expression of the principal's will as distinguished from undisclosed purpose or intention (§ 7 comment b; vgl. auch RA § 26 comment a mit Hinweis auf RC § 20: "the manifestation and not the intention of the principal is important."; die authority ist wirksam erteilt, "...although the principal does not, in fact, consent"; vgl. auch Ferson S.226. Zur Erklärungstheorie ("objective contract"-Theorie) vgl. unten S.27 ff.

(24) Bowstead Art.6.

(25) Powell S.313 ff.; Mechem §§ 264 ff.; 2 Am.Jur.Agy. §§ 77 ff.

(26) Carter v. White (1883), 25 Ch.D.666; Powell S.313; Mechem § 266; vgl. auch RA 2d § 138 Beispiel 2.

(27) RA § 138 Beispiel 1; 2 Am.Jur.Agy. §§ 78,84. Dagegen ist nach RG JW 27, 1139 die Verkaufsvollmacht unwiderruflich, wenn das Interesse des Vertreters darin besteht, daß ihm ein Anteil am Verkaufserlös zustehen soll.

lich unwiderruflichen authority abgesehen, kann also der Prinzipal ohne Rücksicht auf die im agency-Vertrag übernommene Verpflichtung die authority jederzeit widerrufen. Der Widerruf beendet dann auch das agency-Verhältnis. Wichtig ist jedoch, daß der einseitige Widerruf der authority an dem agency - V e r t r a g nichts ändert. Der agent kann zwar nicht auf Erfüllung klagen und so die Fortsetzung seiner Tätigkeit erzwingen. Die Möglichkeit, sein Tätigwerden zu erzwingen, gab ihm das law of contract auf Grund des Vertrages ohnehin nicht. Entscheidend ist jedoch, daß der Prinzipal durch den Widerruf den Vertrag verletzt hat, und die Verletzung verpflichtet ihn zum Schadensersatz wegen Vertragsbruchs (breach of contract).⁽²⁸⁾ Daß der Prinzipal die authority im Gegensatz zum agency-Vertrag einseitig beseitigen kann, daß sie also in ihrem Bestand und Umfang allein von s e i n e m Willen abhängt,⁽²⁹⁾ macht deutlich, daß sie vom agency-Vertrag unabhängig ist. In der Entscheidung Blackstone v. Buttermore wird sie daher mit dem Testament verglichen: "A mere power (gemeint ist authority) like a will is in its very nature revocable when it concerns the interest of the principal alone..."⁽³⁰⁾

Wenn auch in der Regel die Entstehung von authority und eines wirksamen agency-Vertrages auf einem einheitlichen Lebensvorgang beruhen, so ist doch das Zusammentreffen von authority und agency nur zufällig.⁽³¹⁾ Es handelt sich nur scheinbar um eine zweifache (innere und äußere)

(28) Mechem § 264; Powell S.302 ff.

(29) RA 2d § 33 comment b: "...the rule applicable to the interpretation of authority must be as flexible as the will of the principal may be."

(30) 53 Pa.St. 266 (1866). Das Restatement (s.o.Anm.29) zieht daraus, daß die authority im Gegensatz zum agency-Vertrag allein vom Willen des Prinzipals abhängt, den Schluß, die authority sei "distinct from contract of agency."

(31) Vgl. Salmond-Winfield S.344: "As accessory to and combined with (the) authority there is commonly a contract between the principal and the agent setting out the terms of the employment to which the powers so granted are incidental."

Wirkung eines und desselben (agency-) Verhältnisses im Sinne der Abstraktheitslehre Iherings.⁽³²⁾ Vielmehr sind authorization und agency im Sinne der Abstraktheitslehre Labands "zwei ganz verschiedene Rechtsgeschäfte, die andere Voraussetzungen, einen anderen Inhalt und andere Wirkungen haben",⁽³³⁾ wobei zu betonen ist, daß die authorization einseitiges Rechtsgeschäft ("grant"), die Bevollmächtigung hingegen Vertrag ist.

Dennoch besteht ein erheblicher Unterschied zwischen dem Abstraktheitsdogma Labands und dem im anglo-amerikanischen Recht im allgemeinen nur beiläufig erwähnten, aber trotzdem überwiegend anerkannten Prinzip, daß authority und agency-Verhältnis auf zwei selbständigen "Rechtsgeschäften" beruhen.

Labands Lehre stellt die Vollmacht, die formelle Legitimation (das "Können"), der sich aus dem Auftrag ergebenden materiellen Berechtigung (dem "Dürfen") gegenüber.⁽³⁴⁾ Nach anglo-amerikanischer Auffassung wird dagegen die Antwort auf die Frage der "materiellen Berechtigung" nicht dem Tätigkeitsverhältnis, sondern ausschließlich der einseitigen manifestation des Prinzipals gegenüber dem agent entnommen. Stimmt der Prinzipal der Tätigkeit des agent zu, so ist der agent b e f u g t , ihn zu vertreten. Wird der agent im Rahmen der authority tätig, so wird er mit Zustimmung des Prinzipals tätig. Der nicht geschäftsfähige agent ist also, wenn der Prinzipal ihm authority erteilt hat, "befugt" und "materiell berechtigt", den Prinzipal zu vertreten, und zwar ungeachtet dessen, daß das

(32) Ihering in Iherings Jahrb. Bd.I (1857) S.273 ff.: "Bei der mandirten Stellvertretung...bezeichnet Mandatar und Mandant das relative Verhältnis zwischen diesen beiden Personen, die innere Seite des Verhältnisses, Stellvertreter und Prinzipal hingegen ihre Qualität dritten Personen gegenüber, ihren absoluten Charakter, die äußere Seite des Verhältnisses. Die eine Seite ist für die andere vollkommen gleichgültig und einflußlos, ihr Zusammentreffen ein rein zufälliges."

(33) Laband in Goldschmidts Z.f.d.ges.Handelsrecht, Bd.10 (1866) S.183 ff. bes. S.203 ff.

(34) Laband a.a.O., S.240; vgl. auch RGZ 52, 99.

Tätigkeitsverhältnis unwirksam ist und der Dritte die Unwirksamkeit kannte.

Die authority gibt dem agent das Recht, den Prinzipal zu vertreten. Sie wird demgemäß als "right" oder "privilege" des agent bezeichnet.⁽³⁵⁾ Ob der agent verpflichtet ist, den Prinzipal zu vertreten, ergibt sich allein aus dem Tätigkeitsverhältnis.

2. Die Unabhängigkeit der Vertretungsmacht (power) von der Vertretungsbefugnis (authority)

Hat der agent authority, so hat er auch power, d.h. die Fähigkeit, unmittelbar rechtliche Beziehungen zwischen dem Prinzipal und dem Dritten herzustellen oder bestehende Rechtsverhältnisse inhaltlich zu verändern oder aufzuheben.⁽³⁶⁾

Hat der agent authority, so ist seine power die rechtliche Folge der Tatsache, daß er authority hat. Die power ist ihm dann "by legal rule" gewährt. Ob der agent authority hat, ist Tatfrage. Ob er die power hat, ist Rechtsfrage.⁽³⁷⁾ "Power" ist die "formelle Legitimation", also das "rechtliche Können". Die Bedeutung der "by legal rule" entstandenen power liegt demnach darin, daß die Rechtsordnung der Tätigkeit des agent Gültigkeit verleiht.⁽³⁸⁾ Soweit der agent im Rahmen der authority tätig wird, übt er die power "rightfully" aus.⁽³⁹⁾ "When we talk of authority,

(35) Bowstead S.3; Powell S.49; RA § 7 comment a; Seavey S.67 ff.

(36) Powell S.5: "If the agent has the authority of his principal, then it follows as a matter of course that he also has the power"; S.49: "'power' means an ability ...to create, change or extinguish legal relations by doing an act"; so auch Seavey S.68.

(37) Powell, S.5, 49; RA § 7 comment a; RA § 6 comment a: "The word 'power' denotes not a physical or mental quality but a legal attribute, the ability to change legal relations..". Vgl. auch Müller-Freienfels S.74 ff. Ausnahmsweise gibt es jedoch auch authority ohne power; so wenn der agent die Erklärung des Prinzipals als authorisation auffassen durfte und daher wirksam authority erteilt ist (s.o.Anm.23), der Dritte aber weiß, daß der Prinzipal in Wirklichkeit keine authority erteilen wollte (vgl. RA § 27 comment b).

(38) Müller-Freienfels S.74.

(39) Seavey S.68.

we are assuming power and discussing the oughtness and lawfulness of it."⁽⁴⁰⁾

Ob und in welchem Umfang der agent a u t h o r i - t y hat, richtet sich ausschließlich danach, ob und in welchem Umfang der Prinzipal ihm gestattet hat, ihn zu vertreten. Wirksame authority begründet stets wirksame power. Ob und in welchem Umfang der agent p o w e r hat, den Prinzipal rechtsgeschäftlich zu verpflichten, richtet sich jedoch nicht nur nach dem Willen des Prinzipals - also nicht nur nach der authority - sondern auch nach Grundsätzen der "public policy".⁽⁴¹⁾ Sie ist lediglich ein Merkmal, das der Veranschaulichung der Bindungswirkung dient. Hat der agent den Prinzipal nach den Grundsätzen der "public policy" gebunden, so hatte er dazu die power: "The proposition is simple - the agent bound the principal; ergo, he had a power to do it."⁽⁴³⁾

Damit stellt sich für die vorliegende Untersuchung die Frage: An welche Voraussetzungen knüpft das anglo-amerikanische Recht die power des agent, den Prinzipal ohne dessen Willen rechtsgeschäftlich zu binden ?

(40) Mechem § 34.

(41) RA § 140 comment a; Seavey S.68 Anm.8: "(The power) is created by law, in some instances because of and in accordance with the will of (the principal)..., and in other instances irrespective of this will." S.80: "...the law... creates in A (the agent) a power in order to prevent injustice"; vgl. auch Powell S.50.- So weist auch Rinck (S.123/124) bei der Erörterung des Mißbrauchs der Vollmacht sinngemäß darauf hin, daß in den entsprechenden Fällen des englischen Rechts die Vertretungsmacht des agent ihren Entstehungsgrund im guten Glauben des Geschäftsgegners habe; falle der gute Glaube weg, so falle auch die Vertretungsmacht weg.

(42) Müller-Freienfels S.77.

(43) Mechem § 34.

T E I L I

VERTRETUNGSMACHT (POWER) AUF GRUND VON APPARENT AUTHORITY

1. A b s c h n i t t

DER BEGRIFF DER APPARENT AUTHORITY

Die authority gibt dem agent die Befugnis, den Prinzipal zu vertreten. Sie kann nur durch Erklärung gegenüber demjenigen erteilt werden, der sie erhalten soll. Das bedeutet jedoch nicht, daß eine der authority-Erteilung vergleichbare Erklärung, die der Prinzipal an den Dritten richtet, demgegenüber die Vertretung stattfinden soll, rechtlich belanglos ist. Sie ist vielmehr insoweit rechtlich bedeutsam, als sie bei dem Dritten den Anschein hervorruft, der Prinzipal habe dem agent authority erteilt: Der "apparent agent" ist "apparently authorised". An die apparent authority knüpft die Rechtsordnung Vertretungsmacht (power). Die power des (apparent) agent ist also die rechtliche Folge der Tatsache, daß er apparent authority hat.⁽¹⁾ Die apparent authority ist keine wirkliche (real oder actual) authority.⁽²⁾ Sie gilt jedoch für den auf sie vertrauenden Dritten als die wirkliche authority.⁽³⁾ Die auf ihr beruhende power des agent ist jedoch "real", da sie eine wirkliche Verpflichtung des Prinzipals⁽⁴⁾ nach der "objective contract"-Theorie sogar einen wirklichen Vertrag zwischen dem Prinzipal und dem Dritten⁽⁵⁾ - herstellt.

Grundlage der apparent authority ist eine "manifestation" (oder "representation") des Prinzipals, von der der Dritte auf das Vorhandensein von authority schließen darf.⁽⁶⁾ Teilt z.B. der Prinzipal P dem Autohändler T mit, daß er von ihm einen Wagen kaufen wolle und dazu den A als seinen agent zu ihm schicken werde, so hat A nach Maßgabe dieser "manifestation" des Prinzipals apparent authority und damit

(1) Powell S. 5, 34, 49/50.

(2) Seavey S. 84 Anm.46.

(3) 2 Am.Jur.Agy. § 102 m.weit.Nachw.

(4) Powell S. 62; s. auch unten Anm.54.

(5) S. unten S.34ff.

(6) RA § 8.

die power, P zu verpflichten. Bittet P den A, das Geschäft für ihn abzuschließen, so hat A außerdem wirkliche authority.⁽⁷⁾ Authority und apparent authority stimmen dann in ihrem Umfang überein. T kann seinen Anspruch gegen P daher entweder auf die apparent authority oder die wirkliche authority stützen.⁽⁸⁾

Ihre eigentliche Bedeutung hat die apparent authority jedoch erst dann, wenn dem agent keine oder nur eine in ihrem Umfang hinter der apparent authority zurückbleibende authority erteilt ist.⁽⁹⁾ Schreibt P wie im vorigen Beispiel an T, so hat A nach Maßgabe des Schreibens apparent authority. Sendet er A eine Abschrift dieses Schreibens mit dem Zusatz, nicht ohne vorherige Rücksprache mit ihm abzuschließen, so ist die authority des A durch den Zusatz beschränkt. Schließt A authority-widrig ohne Rücksprache ab, so ist das Geschäft, sofern T von der Einschränkung der authority keine kenntnis hat, von der apparent authority gedeckt: A hatte die power, P zu verpflichten.⁽¹⁰⁾

Entsprechendes gilt, wenn P dem A über die erteilte authority eine Vollmachtsurkunde⁽¹¹⁾ ausgehandigt hat und die authority später durch Erklärung gegenüber A widerruft, ohne aber die Urkunde zurückzuerhalten. Schließt A unter Vorlage der Urkunde mit dem gutgläubigen T ab, so wird P verpflichtet.⁽¹²⁾

Für den gutgläubigen Dritten ist also allein die apparent authority maßgebend. Das gilt hinsichtlich des Umfangs ebenso wie hinsichtlich des Entstehens und des Erlöschens.⁽¹³⁾

In den erwähnten Beispielen bestand die "manifestation" des Prinzipals in einer mündlichen oder schriftlichen

(7) Vgl. RA § 8 Beispiel 1.

(8) RA § 8 comment a.

(9) Powell (S.34) hält es daher für überflüssig, von apparent authority zu sprechen, wenn im gleichen Umfang wirkliche authority besteht.

(10) RA § 8 Beispiel 2. Zur Gutgläubigkeit s. unten S.128ff.

(11) = power (oder letter) of attorney; sie kann förmlich (under seal) oder formlos (by parol) erteilt sein.

(12) RA § 130 Beispiel 1.

(13) Halsbury 1 Art.365, 2 Am.Jur.Agy. § 102.

Mitteilung an den Dritten oder in der Vollmachtsurkunde, die der agent dem Dritten vorlegte. Darüber hinaus kommt als "manifestation" jedes Verhalten - Tun oder Unterlassen - des Prinzipals in Betracht, für das er verantwortlich gemacht werden kann und aus dem der gutgläubige Dritte bei verständiger Würdigung schließen darf, der Prinzipal habe dem agent authority erteilt.⁽¹⁴⁾

Die apparent authority läßt sich am besten in der Weise darstellen, daß vor den einzelnen Voraussetzungen die Auffassungen zu ihrer Konstruktion erörtert werden.

2. A b s c h n i t t

DIE THEORETISCHEN GRUNDLAGEN DER APPARENT AUTHORITY

1. Die Estoppel-Theorie

(1) Das Estoppel im allgemeinen und seine geschichtliche Entwicklung.

Die apparent authority wurde und wird in der Mehrzahl der Entscheidungen als eine Erscheinungsform der allgemeinen Estoppel-Doktrin behandelt.⁽¹⁵⁾ Um die Lehre der

-
- (14) Shapiro v. Capital Bakers, 17 F.Supp.3: "Apparent authority... may be created by any conduct of principal which, reasonably interpreted, causes a third person to believe that the principal consents to have the act done on his behalf by the person, purporting to act for him." Vgl. auch Powell S.5, 34, 49/50; Halsbury 1 Art.365,449; Bowstead S.10,49; Hanbury S.28 ff.; Salmond-Winfield S.348 f.; Anson S.387 f.; RA §§ 8,27,49,159; 2 Am.Jur.Agy.§§ 101 ff.; Seavey S.82 ff.,184 ff. u. Tent.Draft No.1 zum RA, § 8; Words and Phrases 2 S.727, 3 S.677 ff., 4 S.842, 30 S.335 ff.; Williston S.204; Mechem §§ 38,84 ff.; Ferson S.228 ff.; Tiffany S.37 ff.; Schirremeister-Prochownik S.629 ff.; Rinck S.123. Die Begriffe "apparent" und "ostensible" authority stimmen rechtlich wie sprachlich überein, vgl. RA 2d § 8 comment e: "Ostensible authority is merely a synonym for apparent authority and is so used by many courts"; so auch 2 Am.Jur.Agy. § 101, Words and Phrases 30 S.336 ff.; Tiffany S.83; Bowstead S.10; Powell S.50. Daher unrichtig Müller-Freienfels S.78 Anm. 56a.
- (15) Powell S.60; Bowstead Art.5; Halsbury 1 Art.365, 13 Art.556; Williston S.233 ff.; Am.Jur.Agy.§ 104; Rama Corporation v. Proved Tin, (1952) 2 Q.B.147: "Ostensible or apparent authority is merely a form of estoppel, indeed it has been termed agency by estoppel."; Fidelity & Casualty Co. of N.Y. v. D.N.Morrison Const.Co. of Virginia, 156 So. 385, 116 Fla.66: "Apparent authority is such as principal knowingly permits agent to assume ..., and such authority gives rise to agency by estoppel." Im Schrifttum, besonders in Amerika, herrscht die Estoppel-Theorie jedoch

"agency by estoppel" verständlich zu machen, muß zunächst auf die allgemeine Estoppel-Doktrin eingegangen werden.

In seinem Kommentar zu dem 1475 erschienenen Werk "Treatise on Tenures" von Sir Thomas Littleton (gest. 1481) formulierte Chief Justice Sir Edward Coke (1552 - 1634) den Begriff "estoppel" so: (16)

"Estoppe' cometh of a French word estoupe, (17) from whence the English word stopped, and it is called an estoppel, or conclusion, because a man's owne act or acceptance stoppeth or closeth up his mouth to allege or plead the truth..."

Daß der Beklagte auch an die einmal geäußerte Unwahrheit gebunden ist, wurde schon in der vielzitierten Definition in "Les Termes de la Ley" (18) ausgedrückt: "Estoppel is when one is concluded and forbidden in law to speak against his own act or deed, yea, though it be to say the truth." (19) Die rechtspolitische Begründung

nicht mehr, vgl. unten S. 35 ff.

(16) Co.Litt. 352a; Auszug bei Stroud 2 S. 647 u. 19 Am.Jur. Est. § 2. Mit diesem Kommentar ("Coke on Littleton", Abk.: Co.Litt.) beabsichtigte Coke, den Estoppel-Grundsätzen wieder die ihnen zukommende Bedeutung zu verschaffen; vgl. Allred v. Smith, 135 N.C. 443, 47 S.E. 597, mit Auszug aus Armfield v. Moore, 44 N.C. 157: "The harsh words which the very learned commentator on Littleton uses... are attributed to the fact that before his day 'the scholastic learning and subtle disquisition of the Norman lawyers' in the language of Blackstone, had tortured this principle so as to make it the means of great injustice; and the object of my Lord Coke was to denounce the abuse which he says had got to be 'a very cunning and curious learning' and 'was odious', and hereby restore the principle and make it subserve its true purpose as a plain, practical, fair and necessary rule of law." Zum Einfluß Littletons und Cokes auf die rechtsgeschichtliche Entwicklung in England s. Becker S. 462 ff.

(17) = étouper, von stupere, vgl. dtsh. stopfen.

(18) "Law French" (d.i. die anglo-normannische Juristensprache des frühen Mittelalters, vgl. dazu Mathew in 54 L.Q.R. 358 ff.) für "Les termes de la loi".

(19) Zitiert in Co.Litt. 352 a sowie von Judge Whightman in Ashpittel v. Bryan (1863), 3 B.& S. 474, ferner in H. v. H., P. 206 (1928); Demarest v. Hopper, 22 N.J. L. (2 Zab.) 599, 619. Vgl. auch Riezler S. 56.

sieht Coke darin: "No man ought to allege anything but truth for his defence, and what he has alleged once, is to be presumed true, and therefore, he ought not to contradict it: for, as it is said in the 4 Inst. 272, 'Allegans contraria non est audiendus.'" (20)

Riezler nimmt nach eingehender geschichtlicher Untersuchung an, daß das "Estoppel by deed" bereits im 12. Jahrhundert bei Glanvilla in dem "Tractatus de legibus" (lib. 10 cap. 12 §§ 2, 3) aufgetaucht sei. (21) Er deutet daher die Möglichkeit an, daß ein geschichtlicher Zusammenhang besteht zwischen den Anfängen der Estoppel-Doktrin und dem Axiom der Glossatoren, daß das "venire contra factum proprium" unzulässig sei. Zwar hätten das estoppel und die romanistisch-kanonistische Doktrin der Unzulässigkeit des venire contra factum proprium verschiedene rechtspolitische Grundlagen; bei dem ersten stehe der Rechtsscheingedanke, bei dem zweiten der Gedanke der "improbitas", also der Unredlichkeit des sich in Widerspruch Setzenden, im Vordergrund (22). Für einen geschichtlichen Zusammenhang spreche aber, daß die für die Zukunft einflußreichsten englischen Juristen des Mittelalters, nämlich der Verfasser des Tractatus und besonders Bracton, unter romanistisch-kanonistischem Einfluß gestanden hätten, und daß eine Quelle des kanonischen Rechts, in der der Gedanke der Unzulässigkeit des venire contra factum proprium erscheine, an einen englischen Bischof gerichtet gewesen sei. (23)

(20) S. Riezler S. 57; vgl. auch Ackerman v. Larnier, 40 So. 581, 116 La. 101 "'Estoppel', as predicated upon the maxim that no one can be heard alleging his own turpitude, is a doctrine which forms part of the policy of the law..."

(21) S. 62 ff.

(22) Allerdings war der Rechtsscheingedanke auch unabhängig vom Estoppel-Gedanken anerkannt, so bei der apparent authority, s. unten S. 69 Anm. 6.

(23) Riezlers auf Pollock und Maitland gestützte Meinung, daß "deed" (Estoppel by deed), alt-engl. "daed", ethymologisch mit "factum" zusammenhänge, ist allerdings nicht haltbar: "deed" (auch in der Bedeutung von "Urkunde") ist wie "to do" germanischen Ursprungs (vgl. dtsh. Tat, tun), so The Shorter Oxford Dictionary u. Webster's New International Dictionary, letzteres mit der auf Pollock und Maitland gestützten Andeutung, daß die juristisch-technische Bedeutung des Wortes der des entsprechenden anglo-normannischen Wortes "fet" (=fait, factum) entnommen sei.

Noch heute überwiegt die Auffassung, daß das estoppel eine bloße Beweisregel (rule of evidence) und daher Teil des Beweisrechts (law of evidence) sei, wenngleich es auch einen bedeutenden Einfluß auf das materielle Recht habe. Daraus wird gefolgert, daß das estoppel dem Kläger keine Anspruchsgrundlage gibt ("You cannot found an action on estoppel").⁽²⁴⁾

(2) Das Estoppel by record und das Estoppel by deed

Wie schon Coke⁽¹⁶⁾ erwähnte, gibt es drei Arten von estoppel: Estoppel by (matter of) record, estoppel by deed und estoppel (by matter) in pais⁽²⁵⁾.

Das Estoppel by record erfüllt im wesentlichen die Funktion der materiellen Rechtskraft. Hat das zuständige Gericht über einen bestimmten tatsächlichen Streitpunkt durch Endurteil entschieden, so bindet die Entscheidung die Parteien. Wird der Streitpunkt erneut Gegenstand eines Rechtsstreits unter den Parteien, so ist jede der Parteien "estopped", eine der Entscheidung widersprechende Behauptung aufzustellen.⁽²⁶⁾

Das estoppel by deed bezieht sich auf gesiegelte Urkunden. Die beurkundete Tatsache bindet jede Partei nach Maßgabe ihrer urkundlichen Erklärung. Die Partei ist "estopped", ihr zu widersprechen.⁽²⁷⁾

Für die apparent authority ist nur das estoppel in pais von Wichtigkeit.

(24) Low v. Bouverie (1891), 3 Ch.82; Oliver v. Bank of England, (1902) 1 Ch.610, Russian Commercial & Industrial Bank v. Comptoir d'Escampte de Mulhouse, (1923) 2 K.B.630; Lake v. O'Brien, 202 P.158, 54 Cal. App.543; Rogers v. Colville, 145 Tenn.650, 238 S.W.80; Halsbury 13 Art.448 f., Beven S.1530, Pollock S.421; Riezler S.67 f.; Phipson (S.667) meint, daß es in vielen Fällen als eine materiell-rechtliche Regel zu gelten habe; so auch Canada & Dominion Sugar Co. v. Canadian West Indies Steamships, (1947) A.C.46, wonach estoppel richtiger eine "rule of law" sei; s. auch unten Anm.53.

(25) Halsbury 13 Art.449, 19 Am.Jur.Est. § 3, Riezler S.57.

(26) Zu den hier nicht interessierenden Einzelheiten s. Halsbury 13 Art.450, 456 ff., Riezler S.57 ff.

(27) Zu den hier ebenfalls nicht interessierenden Einzelheiten s. Halsbury 13 Art.451, 513 ff., 19 Am.Jur. Est. §§ 5 ff., Riezler S.58, 73 ff.

(3) Das Estoppel in pais

a. Allgemeines

Zu Lord Cokes Zeit war der Anwendungsbereich des estoppel in pais⁽²⁸⁾ noch eng. Es glich dem estoppel by deed. Wie dieses hinderte es eine Partei daran, sich zu ihrer früheren förmlichen Erklärung in Widerspruch zu setzen. Nur bestand hier die förmliche Erklärung nicht in einer Beurkundung, sondern in einer feierlichen äußeren Handlung wie z.B. der Besitzeinweisung in ein Grundstück. Das gilt noch heute für die Fälle des derivativen Besitzes, insbesondere innerhalb des Mietverhältnisses. So ist der Mieter, der vom Vermieter wegen der Miete in Anspruch genommen wird, "estopped" vorzubringen, daß der Vermieter bei der Besitzeinräumung zur Vermietung nicht berechtigt gewesen sei.⁽²⁹⁾

b. Das Estoppel by representation als wichtigste Unterart des Estoppel in pais

(a) Allgemeines

Das estoppel in pais blieb nicht auf förmliche Erklärungen beschränkt. Es weitete sich zum "estoppel by representation" aus. Als representation kommt sowohl die ausdrückliche Erklärung als auch das schlüssige Verhalten (conduct, daher dann auch "estoppel by conduct") in Betracht, und als estoppel by representation hat das estoppel in pais heute von allen Arten des estoppel die weitaus größte Bedeutung. Das estoppel by representation kommt anders als die übrigen Arten des estoppel (die technischen estoppels) und das ursprüngliche, auf förmliche Erklärungen begrenzte estoppel in pais von der equity her. Es wird daher oft "equitable estoppel" genannt. Allerdings wurde es in England schon vor dem Inkrafttreten der Judicature Acts von 1873 und 1875 auch von den common-law-Gerichten angewandt. Dasselbe gilt

(28) "pais" von frz. "pays". Daher auch gelegentlich die Bezeichnung "estoppel by matter in the country".

(29) Vgl. im einzelnen: Halsbury 13 Art.536, 572 ff., Taylor S.105 ff., Riezler S.86 ff.

für Amerika, wo die Trennung zwischen der common-law- und der equity-Gerichtbarkeit in einzelnen Staaten noch besteht.⁽³⁰⁾ Die Herkunft von der equity, deren Fundamente "conscience", "reason" und "good faith" sind und die gegen die Begriffs- und Konstruktionsjurisprudenz des früheren common law gerichtet war,⁽³¹⁾ deutet auf die rechtspolitische Bedeutung des estoppel by representation hin, nämlich den in Anspruch Genommenen daran zu hindern, den ihm formal zustehenden Einwand geltend zu machen, er habe die Willenserklärung, auf die der Gegner seinen Anspruch stützt, in Wirklichkeit nicht abgeben wollen.⁽³²⁾ Auf den Zusammenhang zwischen den Grundgedanken der equity und dem estoppel by representation wird in vielen Entscheidungen ausdrücklich hingewiesen. So heißt es in der Entscheidung Halowell v. Nat. Bank of Marston:⁽³³⁾ "Equitable estoppels' are estoppels which prevent a party from asserting his rights under a general technical rule of law, when he has so conducted himself that it would be contrary to equity and good conscience for him to allege the truth."

Wie im Falle der exceptio doli praesentis liegt die "Arglist" nicht in der früheren "representation", sondern in der gegenwärtigen Geltendmachung des der Partei an sich zustehenden Einwandes, also in der mißbräuchlichen Rechtsausübung: "The equitable estoppel is applied ... not on the ground of unlawful misrepresentation or

(30) Becker S.468. Zum equitable estoppel vgl. 13 Halsbury Art.537; 19 Am.Jur.Est. § 33; Riezler S.96; Dimond v. Mannheim, 61 Minn. 178, 63 N.W. 495: "While originally a creature of equity, equitable estoppel is now thoroughly incorporated into law, and is as available in a legal action as in an equitable one"; zum englischen Recht vor Inkrafttreten der Judicature Acts vgl. Jordan v. Money (1854), 5 H.L.Cas. 185.

(31) Vgl. Halsbury 13 Art. 2; Llewellyn S.41.

(32) Vgl. Judge Wilde in Swan v. North British Australasian Co. (1863), 159 E.R.73: "In short, and in popular language, a man is not permitted to charge the consequences of his own 'fault' on others, and complain of that which he has himself brought about."

(33) 85 Me. 488, 27 A.529.

fraud in making the admission or declaration, but on the ground that it will be a fraud to show that it is untrue to the prejudice of one who has acted upon the faith of the statement."⁽³⁴⁾

Die einzelnen Voraussetzungen des estoppel by representation sind:⁽³⁵⁾

(1) Eine representation desjenigen, dem das estoppel entgegengehalten werden soll. Darunter fällt auch eine representation, die ein Vertreter im Rahmen seiner authority oder apparent authority abgibt.

(2) Representation muß entweder eine ausdrückliche Erklärung (statement) oder ein schlüssiges Verhalten (conduct) sein, das sich als Äußerung einer Tatsache - u.U. auch eines rechtlichen Zustandes - und nicht nur einer Absicht darstellt.⁽³⁶⁾ Eine Unterlassung ist nur dann eine representation, wenn eine Pflicht zum Handeln bestand.⁽³⁷⁾

(3) Die representation muß entweder in der Absicht gegeben sein, daß derjenige, für den sie bestimmt ist, auf sie vertrauen und sein Verhalten entsprechend einrichten soll,

(34) Kingsley v. Vernon, 6 N.Y.Super Ct. (4 Sandf.) 361.

(35) Taylor S.109 f., Halsbury 13 Art.539 ff., Phipson S.672, Beven S.1530 f., Canada and Dominion Sugar Co. (s.o.Anm.24): "Estoppel (by representation) is a complex legal notion, involving a combination of several essential elements, the statement to be acted on, action on the face of it, resulting detriment to the actor." Weitere Definitionen des equitable estoppel: Carr v. London & North Western Ry.Co. (1875) L.R.10 C.P.307; Cornish v. Abington (1859), 4 H.& N.549; Swan v. North British Australasian Co., s.o. Anm.32; Farquharson Bros. & Co. v. King & Co., (1902) A.C.325; Greenwood v. Martins Bank (1933), A.C.51; Waugh v. Williams, 119 S.W.2d 223; First Nat.Bank v. Dean, 17 N.Y.S.375, 60 N.Y.Super. 299 m.w.Nachw.; Beasley v. Am.Surety Co., 243 Ill.App.447; City of Williston v. Ludowese, 53 N.D.797, 208 N.W.82; Am. Mutual Liability Ins.Co. v. Hamilton, 145 Va.391, 135 S.E.21; Bigelow S.431, 19 Am.Jur.Est. § 42, Words and Phrases 15 S.273 ff., 303 f., 316 ff.

(36) Citizens' Bank of Louisiana v. First Nat.Bank of New Orleans (1873), 22 W.R. 194; Whitechurch v. Cavanagh, (1902) A.C.117; Halsbury 13 Art. 539 f.

(37) s. unten S.44 ff.

oder einem Dritten bei verständiger Würdigung so erscheinen, daß er auf eine solche Absicht schließen darf.⁽³⁸⁾

Eine auf Nachlässigkeit (negligence) beruhende representation kommt jedoch nur dann in Betracht, wenn

- a) eine dem Dritten gegenüber bestehende Pflicht zur Sorgfalt verletzt worden ist und
- b) die negligence die naheliegende Ursache (proximate cause) der irreführenden Wirkung der representation war.⁽³⁹⁾

(4) Der Dritte muß auf die representation vertraut haben. Bösgläubigkeit (Kennen und Kennenmüssen) schließt also die Berufung auf das estoppel aus.⁽⁴⁰⁾

(5) Der Dritte muß im Vertrauen auf die representation seine rechtliche Stellung zu seinem Nachteil verändert haben.⁽⁴¹⁾ Damit ist der Nachteil gemeint, der dem Dritten (representee) entstehen würde, wenn der representor nicht "estopped" wäre.⁽⁴²⁾ "Nachteil" ist nicht gleichbedeutend mit Vermögensschaden. Eine umfassende, auf alle Arten des estoppel by representation zutreffende Definition dieses Begriffs kann nicht gegeben werden; denn sowohl in der Rechtsprechung als auch im Schrifttum werden an das Merkmal "Nachteil" verschiedene Anforderungen gestellt, wie im Zusammenhang mit dem Tatbestandsmerkmal "change of position" bei der agency by estoppel im einzelnen zu erörtern sein wird. So kann für den Vertrauenden der Nachteil darin liegen, daß er es unterläßt, eine Forderung geltend zu machen (actual forbearance)⁽⁴³⁾ oder darin, daß er ihm irrtümlich zuviel geleistete Versorgungsbezüge verbraucht hat und so i.S. von § 818 Abs. 3 BGB nicht mehr bereichert ist.⁽⁴⁴⁾ Der Nachteil liegt im letzteren

(38) s. unten S.43 ff.

(39) s. unten S.64 ff.

(40) s. unten S.128 ff.

(41) In der Mehrzahl der Entscheidungen wird für Nachteil der Ausdruck "detriment" verwandt; daneben finden sich die Ausdrücke injury, harm, prejudice, disadvantage, vgl. Words and Phrases 15 S.269 ff.

(42) Vgl. z.B. Exsted v. Exsted, 279 N.W.554; Hamilton v. North East Mutual Ins. Ass., 116 S.W.2d 159, Adler v. Pin, 80 Ala. 351.

(43) Powell S.60, Anm.4.

(44) Holt v. Markham, (1923) 1 K.B. 504.

Falle darin, daß er an sich verpflichtet ist, den Wert der ausgegebenen Zuvielleistung zu ersetzen.

Der Anwendungsbereich des estoppel by representation ist breit. Soweit im Vertragsrecht die "subjektive contract"-Theorie anerkannt ist, hat das estoppel im Zusammenhang mit der Irrtumslehre Bedeutung. Die Anhänger der subjektiven Theorie halten zwar an dem grundsätzlichen Erfordernis fest, daß der Vertrag ein "meeting of the minds" voraussetzt. Mit Hilfe des estoppel verwehren sie jedoch - von Ausnahmen abgesehen - der Partei, der ein einseitiger Tatsachenirrtum unterliefe, sich auf den fehlenden consensus zu berufen.⁽⁴⁵⁾ Wer ein Konnossement dahin ausstellt, daß die Ladung in einwandfreiem Zustand übernommen wurde, kann sich später dem berechtigten Inhaber gegenüber nicht auf die Unrichtigkeit der Qualitätsangabe berufen.⁽⁴⁶⁾ Die Vertragspartei, deren bevollmächtigter Vertreter sich mit dem Gegner über die rechtliche Bedeutung einer Urkunde geeinigt hat, ist "estopped", sich auf eine andere Bedeutung zu berufen.⁽⁴⁷⁾ Wer einen anderen in den Glauben versetzt, er habe keine Forderung gegen ihn oder er habe die Forderung erlassen, ist "estopped", sie geltend zu machen.⁽⁴⁸⁾ Der Versicherer, der Prämien annimmt, obwohl der Versicherungsvertrag Mängel aufweist, ist "estopped", sich im Schadensfalle auf die Mängel zu berufen.⁽⁴⁹⁾ Wer durch sein Verhalten - bloße Besitzüberlassung reicht allerdings nicht aus - den Anschein erweckt, ein Dritter sei Eigentümer einer Sache,

(45) s. dazu S. 28 ff.

(46) *Compania Naviera Vasconzala v. Churchill* (1906) 1 K.B. 237; *Brandt v. Liverpool, Brazil & River Plate S.Nav. Co.*, (1924) 1 K.B.575; *Silver v. Ocean S.& Co.Ltd.*, (1930) 1 K.B.416; *Canada & Dominion Sugar Co.*, s.o. Anm.24.

(47) *De Tchihatchef v. Salerni Coupling, Ltd.*, (1932) 1 Ch. 330.

(48) *Mayer v. Ramsey*, 46 Tex. 371. Zum Unterschied zwischen (gewolltem) Erlaß (waiver) und ungewolltem Verlust des Rechts, die Forderung geltend zu machen, -einschl. der Verwirkung- (Fälle des estoppel by conduct), vgl. *Boyce v. Toke Point Oister Co.*, 145 Or.114, 25 P.2d 930; *De Pasquale v. Union Indemnity Co.*, 50 R.I.509, 149 A. 795; *Aron v. Rialto Realty Co.* 100 N.J.Eq. 513, 136 A.339; zu Verzicht, *venire contra factum proprium* und Verwirkung s. Soergel-Siebert § 242 Anm.C I 4 a und C I.

(49) *Kansas City Life Ins.Co. v. Davis*, 95 2d 952; *Humes Const.Co.v. Philadelphia Casualty Co.*, 32 R.I.246, 79 A.1; *John Alt Furniture Co.v. Maviland Casualty Co.*, 88 F.2d 36; vgl. auch *Riezler* S. 97/98.

kann sich dem gutgläubigen Erwerber gegenüber nicht auf sein Eigentum berufen.⁽⁵⁰⁾

(b) Agency by estoppel - Die apparent authority als Erscheinungsform des Estoppel by representation

Den breitesten Raum im Anwendungsbereich des estoppel by representation nehmen die Fälle der apparent authority ein, vorausgesetzt allerdings, daß man mit der herrschenden Rechtsprechung und einem Teil des Schrifttums die apparent authority als Erscheinungsform der Estoppel-Lehre betrachtet. Stellt man sich auf den Boden dieser Auffassung, so ergeben sich für die apparent authority folgende Tatbestandsmerkmale:

1. Vom Prinzipal muß eine "representation" im Sinne der obigen Ausführungen ausgehen. Sie muß bei dem Dritten den Anschein erwecken, der Prinzipal habe dem agent authority erteilt.
2. Der agent muß mit dem Dritten im Rahmen der ihm anscheinend zustehenden authority ein Rechtsgeschäft abschließen.
3. Der Dritte muß im gutgläubigen Vertrauen auf die representation des Prinzipals seine rechtliche Stellung verändern.

Wird der Prinzipal auf Grund des Rechtsgeschäfts, das der agent mit dem Dritten abgeschlossen hat, in Anspruch genommen, so ist er "estopped" einzuwenden, der agent habe in Wirklichkeit keine authority gehabt: "The doctrine of 'agency by estoppel' involves only apparent or ostensible agency, which exists where principal intentionally, or by want of ordinary care, induces third persons to believe another to be his agent, although he did not in fact employ him... 'Apparent' or 'ostensible agency' is merely agency by estoppel, and it is more strictly accurate to say that liability arises from the act of the so-called agent, not because there is any agency, but because the

(50) s. unten S.50 ff.

principal will not be permitted to deny it." (51)

Die Bedeutung des estoppel liegt also darin, daß das vom agent ohne authority, aber im Rahmen der apparent authority geschlossene Rechtsgeschäft nicht wirklich zustandegekommen ist, aber dem Dritten gegenüber als zustandegekommen gilt. (52) Der Dritte kann seinen Anspruch gegen den Prinzipal nur auf das ihm gegenüber als bestehend geltende Rechtsgeschäft stützen. (53) Solange der Dritte das unterläßt, kann der Prinzipal aus dem authority-widrigen Rechtsgeschäft keine Rechte herleiten, es sei denn, er genehmigt es. (54) Das kann er allerdings nur, solange der Dritte nicht schon widerrufen hat. (55)

Das Erfordernis der "Change of position", d.h. daß der Dritte seine rechtliche Stellung verändert haben muß, bedarf näherer Erörterung. Es ergeben sich keine Probleme, wenn der Dritte im Vertrauen auf die Wirksamkeit des Vertrags seine Leistung ganz oder zum Teil erbracht hat. Schwierigkeiten ergeben sich also nur beim nicht erfüllten Vertrag (executory contract). Williston (56) und Seavey (57)

(51) Herbert v. Langhoff, 185 La.105, 168 So.508; Vgl. auch Kentucky-Pennsylvania Oil & Gas Corp. v. Clark, 247 Ky. 438, 57 S.W.2d 65, Pole v. Leask (1863), 33 L.J. Ch.155.

(52) Seavey S.184, Mechem § 86, Williston S.237; s. auch oben Anm.3.

(53) Powell S.55, 62. Der Grundsatz "you cannot found an action on estoppel" kennzeichnet das estoppel als Abwehrmittel ("defensive weapon", "a shield, not a sword".) Der Beklagte kann das estoppel dem Anspruch des Klägers entgegensetzen wie bei der Verwirkung (48) oder beim gutgläubigen Erwerb (50), der Kläger kann das estoppel dem "Einwand" - hier im weitesten Sinne gemeint, also auch das Bestreiten klagebegründender Tatsachen umfassend - des Beklagten entgegenhalten (so bei der agency by estoppel); vgl. Low v. Bouverie (1891), 3 Ch.82, Liverpool & North Wales S.S.Co. v. Mersey Trading Co., (1909) 1 Ch.209, Russian Commercial & Industrial Bank v. Comptoir d'Escompte de Mulhouse, (1923) 2 K.B.630.

(54) h.M., vgl. 2 Am.Jur.Agy. § 104, Williston S.238.

(55) Mechem § 88. Powell (S.62) ist jedoch der Auffassung, daß von vornherein eine beiderseitige Verpflichtung zustandekommt. Daraus, daß der Dritte gegen den Prinzipal klagen könne, ergebe sich - unabhängig von den Grundsätzen des estoppel - als "counterpart", daß der Prinzipal seinerseits gegen den Dritten klagen könne.

(56) S.240.

(57) Tent.Draft No.1 zum RA, § 8, Absatz 2.

haben nachgewiesen, daß in mindestens einer Entscheidung dem Prinzipal das Recht zugestanden wurde, sich auf den Mangel der authority des agent zu berufen, da das dem Dritten keinen Nachteil bringen würde.⁽⁵⁸⁾ Powell weist darauf hin, daß in einigen Entscheidungen bei der Prüfung, ob eine "change of position" vorlag, geringe Anforderungen gestellt worden seien. In anderen Entscheidungen sei jedoch gefordert worden, daß dem Dritten eindeutig ein Nachteil (detriment) entstanden sein müsse. Powell sieht mit einem Teil der Rechtsprechung einen solchen Nachteil jedoch bereits als entstanden an, wenn z.B. der Dritte im Vertrauen auf die representation ein Leistungsversprechen (promise) im Sinne der consideration-Lehre abgegeben hat.⁽⁵⁹⁾ Tiffany⁽⁶⁰⁾ hält dagegen ein bloßes promise im Sinne der consideration-Lehre nicht für eine ausreichende "change of position". Denn das promise des agent binde den Prinzipal nicht, da es nicht mit wirklicher authority gegeben sei.⁽⁶¹⁾ Daher sei das promise des Dritten ebenfalls nicht bindend.

Mechem⁽⁶²⁾ und Williston⁽⁶³⁾ wollen das Tatbestands-

(58) Reo Motor Car v. Barnes (Tex.Civ.App.) 9 S.W.2d 374 (1928). Das Gericht spricht hier von einer "general rule", ohne das allerdings zu begründen.

(59) S.60 mit Anm.4. Die consideration-Doktrin macht die Wirksamkeit eines "simple" (d.h. mündlichen oder einfach-schriftlichen) contract davon abhängig, daß eine "consideration" vorliegt. Eine (executory) consideration liegt u.a. vor, wenn die Vertragsparteien gegenseitig "promises" austauschen: "If you promise to do this thing for me, I promise in return to do this other thing for you", Salmond-Winfield S.76,16. Das ist der Regelfall. So bringen z.B. das Versprechen des Käufers, den Preis zu zahlen, und das Versprechen des Verkäufers, die Sache zu liefern, einen bindenden contract zustande, vgl. Salmond-Winfield S.16 ff.; Anson S.90,92,106. Ähnlich wie Powell bei der "agency by estoppel" nimmt Salmond-Williams (S.3 Anm.b) beim "consent by estoppel" - Ausschluß des einseitigen Tatsachenirrtums - eine ausreichende change of position schon dann an, wenn der Gegner auf die Erklärung des Gegners eingegangen ist und den Vertrag geschlossen hat.

(60) S. 43.

(61) Nehme man an, es binde den Prinzipal, weil im Rahmen der agency by estoppel abgegeben, so setze man etwas als gegeben voraus (nämlich die change of position und damit das estoppel), was erst geprüft werden soll.

(62) § 87.

(63) S. 238.

element "change of position" den Besonderheiten des law of agency angepaßt wissen; es sei schon dann zu bejahen, wenn der Dritte, was in den meisten gerichtlich ausgetragenen Fällen anzunehmen sei, durch den Abschluß mit dem agent einen anderweitigen Abschluß verabsäumt habe. Ferner wird die Meinung vertreten, die Rechtsstellung des Dritten sei stets dadurch verändert, daß es dem Prinzipal infolge des vollmachtlosen Abschlusses möglich sei, das Rechtsgeschäft zu genehmigen und so durch einseitigen Akt ein zweiseitig verpflichtendes Rechtsgeschäft zur Entstehung zu bringen.⁽⁶⁴⁾

2. Die "objective contract" - Theorie

- (1) Die Theorie im Law of Contract und ihre geschichtliche Entwicklung - "Subjective contract" (consensus by estoppel) und "objective contract".

In der Diskussion über die Konstruktion der apparent authority wird der estoppel-Theorie die "objective contract"-Theorie gegenübergestellt, und zwar ausschließlich in Amerika. Die Theorie ist verhältnismäßig jung. Den Anstoß zu dieser neuen Betrachtungsweise gab, soweit ersichtlich,⁽⁶⁵⁾ der amerikanische Professor Cook im Jahre 1905 mit der Abhandlung "Agency by Estoppel".⁽⁶⁶⁾ Die Theorie hat in der Folgezeit ständig an Einfluß zugenommen und Eingang in das Restatement of Agency gefunden.

Die "objective contract"-Theorie ist keineswegs eigens entwickelt worden, um der apparent authority eine neue dogmatische Grundlage zu geben. So wie das allgemeine estoppel-Prinzip zur Lösung des speziellen Problems der apparent authority diene und noch dient, weil es sich dafür als praktisch brauchbar erwies, so übertragen die Befürworter der "objective contract"-Theorie eine im law of contract entwickelte Lehre auf das law of agency. Die Theorie läßt sich am besten nach einem historischen Rückblick verstehen.

Die angelsächsische Zeit kannte kein vertragliches Schuldverhältnis.⁽⁶⁷⁾ Am Anfang der Entwicklung zum

(64) 2 Am.Jur.Agy. § 104.

(65) vgl. Mechem S.54 Anm.1; Seavey S.84 Anm.46.

(66) 5 Col.L.Rev.35 ff. Cook berief sich auf die vielzitierte englische Entscheidung Pole v. Leask (1863), 33 L.J.Ch.155.

(67) Bouvier 1 S.665 m.Hinw.auf Harriman on Contracts S.15.

vertraglichen Schuldverhältnis stehen die mittelalterlichen Aktionen "of debt" und "of covenant", wobei die erste wiederum sehr eng mit der "action of detinue" (vgl. "to detain") verwandt war. Die action of debt hatte im wesentlichen sachenrechtlichen oder bereicherungsrechtlichen, nicht aber schuldrechtlichen Charakter. So war der Käufer einer Sache, der dem Verkäufer den Preis gezahlt hatte, berechtigt, die Sache herauszuverlangen, weil sie nunmehr zu seinem Vermögen gehörte und vom Verkäufer unrechtmäßig zurückgehalten wurde ("unjustly detained").⁽⁶⁸⁾ Die action of covenant betraf Vereinbarungen, die in bestimmten Formen getroffen worden waren.⁽⁶⁹⁾ Die Entwicklung führte dann zur schadensersatzrechtlichen Verbindlichkeit des Leistungsversprechens (promise). Die Schlecht-Erfüllung (misfeasance) dessen, was der promisor versprochen ("assumed") hatte, führte zur "action of assumpsit", die in allmählicher Entwicklung zur Klagbarkeit der formlosen Versprechen führte.⁽⁷⁰⁾

Inzwischen hatten die neuen Gerichte (Court of Chancery, Court of Admiralty) dem Gedanken Geltung verschafft, daß nicht ein äußerer Tatbestand, sondern die Willensrichtung der Parteien ein Vertragsverhältnis herbeiführe.⁽⁷¹⁾ Unter dem Einfluß Lord Cokes übernahmen auch die common-law-Gerichte diesen Gedanken. Sir William Blackstone (1723-1780, Richter am Court of Common Pleas) definierte in seinen grundlegenden "Commentaries on the Laws of England" (1766-69) den Vertrag schlechthin als a g r e e - m e n t upon sufficient consideration to do or not to do a particular thing."⁽⁷²⁾

Unter dem Einfluß des römischen Rechts (civil law) verstärkte sich der "subjective trend". Die Begriffe "consensus ad idem" ("meeting of minds") sowie die Irrtumslehre

(68) Anson S.6 unter Hinw. auf Holdworth's History of English Law, Bd.3 S.416 ff. u. Band 8 S.1 ff.

(69) Anson S. 7 f.

(70) Anson S.9. Der erste überlieferte Fall (unter Heinrich IV.) betrifft die Nichterfüllung (nonfeasance) eines Versprechens, innerhalb einer bestimmten Frist ein Haus zu bauen.

(71) Rheinstein S. 50.

(72) Rheinstein S. 54.

(doctrine of mistake) drängen in das englische Recht ein.⁽⁷³⁾ Wenn die "subjective contract"-Theorie auch Grundlage des Vertragsrechts wurde, so wurde sie jedoch in ihrer Wirksamkeit mit Hilfe des estoppel-Gedankens immer mehr eingeschränkt. Atiyah meint daher, daß sie heute nur mehr eine "transparent fiction" sei.⁽⁷⁴⁾ Der "consensus by estoppel" ist ebenso nur eine Fiktion wie der auf ihm beruhende "contract by estoppel".⁽⁷⁵⁾ Man wendet die estoppel-Doktrin

(73) Kennedy v. Lee (1817), 36 E.R.170; Moore v. Garwood (1849), 19 L.J.Ex.15; Preston v. Luck (1884), 27 Ch. D.997; Chief Justice Cockburn in Meyer v. Barnett (1863), 3 F.& F.696: "... If the minds of the parties were never ad idem, if there never was a mutual assent to the same terms, there was never any contract." Vgl. auch Atiyah S.1 ff, 41 ff. Zum Einfluß Savignys vgl. Rheinstein S.238 u. Williston §§ 20-22.

(74) S.7. Der leading case zum "consensus by estoppel" ist Smith v. Hughes (1871), L.R. 6 Q.B., in dem die Queen's Bench unter Hinweis auf Scott v. Littledale, 27 L.J. Q.B.201, zunächst die Notwendigkeit eines consensus ad idem betonte und dann den Grundsatz mit dem estoppel einschränkte: "It is essential to the creation of a contract that both parties should agree to the same thing in the same sense... But one of the parties to an apparent contract may, by his own fault, be precluded from setting up that he had entered into it in a different sense to that in which it was understood by the other party... If, whatever a man's real intention may be, he so conducts himself that a reasonable man would believe he was assenting to the terms proposed by the other party, and the other party upon that belief enters into the contract with him, the man thus conducting himself would be equally bound as if he had intended to agree..."

(75) Hughes, 54 (1935) L.Q.R.370 ff.; Salmond-Winfield S.179: Die Parteien "are bound by the apparent contract as if it were a real one". Weitere Fälle zum consensus by estoppel: Raffles v. Wichelhaus (1864), 159 E.R.375; Van Praagh v. Everidge, (1902) 2 Ch.266; Scriven v. Hindley, (1913) 3 K.B.564, vgl. ferner Smith-Thomas S.10 mit Auszug aus Williston, Mutual Assent in the Formation of Contracts, 14 (1919) Ill. L.R.85. Dort äußert Williston Bedenken gegen die Auffassung, die Objektivierung des consensus mit der estoppel-Theorie erreichen zu wollen; denn das estoppel verlange, daß der representee im Vertrauen auf die Erklärung des representors einen Nachteil (detriment) erlitten habe. Daß er einen Vertrag geschlossen habe, sei allein noch kein solcher Nachteil. Dagegen sieht Salmond-Williams (S.3 Anm.b) in dem bloßen Vertragschluß eine ausreichende "change of position". Die Gerichte gehen auf dieses Erfordernis, soweit ersichtlich, nicht ein. Sie scheinen der Ansicht Salmond-Williams zu folgen. Überhaupt wird betont, daß estoppel ein "most powerful and flexible instrument" sei

an, weil man im Grundsätzlichen an der "subjective contract"-Theorie festhält, also an der Auffassung, daß an sich der wirkliche Wille der Vertragsparteien übereinstimmen muß, damit ein Vertrag zustandekommen kann.⁽⁷⁶⁾ In England hat die Rechtsprechung den Schritt von der Fiktion des "contract by estoppel" zu einer der Erklärungstheorie vergleichbaren "objective contract"-Theorie nicht gemacht.⁽⁷⁷⁾

Darüber hinaus muß noch darauf hingewiesen werden, daß der estoppel-Grundsatz, wonach beim Auseinanderfallen von Wille und Erklärung der Erklärende an den objektiven Inhalt der Erklärung gebunden ist, nicht ausnahmslos gilt. So ist der Erklärende zwar grundsätzlich "estopped", sich auf einen einseitigen Tatsachenirrtum (unilateral mistake of fact) zu berufen. Er ist aber nicht "estopped", wenn die Bindung an das Erklärte für ihn eine besondere Härte wäre sowie wenn der Erklärungsempfänger den Irrtum kannte.⁽⁷⁸⁾ Ferner ist noch in anderen Fällen, auf die hier nicht eingegangen zu werden braucht, der Irrtum beachtlich mit der Folge, daß das Rechtsgeschäft mangels consensus nichtig ist (void ab initio) oder zu verschiedenen Arten der Abhilfe, besonders der Anfechtung (rescission), berechtigt.⁽⁷⁹⁾

Schrifttum und Rechtsprechung⁽⁸⁰⁾ in Amerika haben den Schritt von der Fiktion des "consensus by estoppel" zur

und es dabei allein darauf ankomme, "what is reasonable without fine distinctions and technicalities", Canada (West-Indies) Steamships, s.o. Anm.24.

(76) Hughes, a.a.O.; Tiffany S.39

(77) Hughes, a.a.O.; Chitty 1 § 33; Salmond-Williams, S.3 Anm.b; Atiyah (S.7) weist darauf hin, die Gerichte "sagten" nach wie vor, daß im Vertragsrecht die "intention" der Parteien maßgebend sei, er zieht aber aus den **estoppel-Fällen** den Schluß, daß die Gerichte in Wirklichkeit den "objective approach" bevorzugten. So auch Anson-Guest S.4 ff. 61, Wilson S.98 (unter Bezugnahme auf Smith v. Hughes, s.o.Anm. 74), Whitney S.17.

(78) Halsbury 32 Art.209; 12 Am.Jur.Contr. § 133; Hughes, a.a.O.;

(79) Halsbury 32 Art.206 ff; 12 Am.Jur.Contr. §§ 125 ff.; Salmond-winfield S. 174 ff.; Anson S.146 ff.

(80) Ein Teil der amerikanischen Rechtsprechung wendet noch die estoppel-Doktrin an, 12 Am.Jur.Contr. § 18, bes. Anm. 4 abs. 6, 7.

"objective contract"-Theorie gemacht. Nach dieser Theorie ist die äußere Erklärung der einzige rechtliche Anknüpfungspunkt. Es kommt von vornherein nur auf dasjenige an, was auf Grund der äußeren Erklärung als Wille des Erklärenden erscheint, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die Erklärung gewollt war oder nicht. Ein wirklicher - nicht nur fingierter - Vertrag ist geschlossen, "if the words or conduct of the party, viewed objectively, evidences an agreement."⁽⁸¹⁾ Auch das Fehlen des Geschäftswillens (intent to contract) ist unbeachtlich, wenn das äußere Verhalten des Erklärenden auf einen solchen Willen schließen läßt.⁽⁸²⁾ Die "objective contract"-Theorie entspricht also der Erklärungstheorie. Ein Vertrag liegt vor, "if

-
- (81) Tiffany S.41. Simpson S.13: "Under the objective theory of mutual assent which today universally obtains, a contracting party is bound by the apparent intention which he outwardly manifests..." So auch Judge Hand in *Hotchkiss v. Nat. City Bank*, 201 F.664 (1911): "A contract has...nothing to do with the personal, or individual, consent of the parties...If... it were proved by twenty bishops, that either party, when he used the words, intended something else than the usual meaning which the law imposes on them, he would still be held..."
- (82) Anders als im deutschen Recht (vgl. Lehmann § 24 IV 1 c, Enneccerus-Nipp. § 164 I, II, Becker S.212 Anm. 179) ist daher ein Vertrag zustande gekommen, wenn jemand in der Annahme, es handle sich um die Korrektur von Druckfahnen, ein Vertragsangebot unterzeichnet hat, Becker S.212 Anm.178 mit Hinweis auf *Independent Directory Corp. v. Vandenbrock*, 94 N.E.2d 259; *Williston* § 21: "The further statement of Savigny... that not only mental assent to a promise in fact, but an intent to form a legal relation is a requisite for the formation of contracts, is part of the...civil law, and cannot be accepted... In a system of law which makes no requirement of consideration, it may well be desirable to limit enforceable promises to those where a legal bound was contemplated, but in a system of law which does not enforce promises unless some benefit to the promisor or detriment to the promisee has been asked and given, there is no propriety in such a limitation... The only intent of the parties to a contract which is essential is an intent to say the words and do the acts which constitute their manifestation of assent." Vgl. auch RC § 20. Nach der Entscheidung des House of Lords im Falle *Rose & Frank Co. v. Compton Bros.*, (1925) A.C.445, liegt kein Rechtsverhältnis, sondern nur ein "gentleman's agreement" vor, wenn diese Absicht erkennbar geäußert war.

there is a meeting of the minds as expressed between the parties.⁽⁸³⁾

(2) Die Übertragung der Theorie auf das Law of Agency

Um den Gedanken darzustellen, der dazu führte, zur Konstruktion der apparent authority die "objective contract"-Theorie zu verwenden, muß zunächst erwähnt werden, welche grundsätzliche Auffassung die Befürworter dieser Konstruktion zum Wesen der Vertretung vertraten.

Cook stand auf dem Boden der im anglo-amerikanischen Rechtskreis verbreiteten "fiction of identity" (qui facit per alium facit per se): "Let us never forget that our law of agency does not say that the agent makes the contract...but that ...it does regard the contract as made by the principal through the agent, the agent being treated only as a medium of communication."⁽⁸⁴⁾ Teilt der Prinzipal dem Dritten seinen "intent to contract" in Form einer manifestation mit, die nach der "objective contract"-theorie auf eine authority-Erteilung an den agent hindeutet, so liegt keine Abweichung vom bisherigen "offer-acceptance"-Verhältnis vor. Die dem Dritten mitgeteilte Absicht, durch den agent mit ihm abzuschließen, bringt die Identitätsfiktion zur Entfaltung, und das im Rahmen der apparent authority gegebene Vertretungsangebot des agent gilt als das

(83) Tiffany S.41. Tiffany und Beavey (Tent.Draft No.1 zum RA, § 62, Abs.5) weichen mit Williston (§§ 20 ff., vgl. oben Anm.82), daß die Willistentheorie, die erst unter dem Einfluss Savignys - im anglo-amerikanischen Rechtskreis durch Anson und Pollock zur Geltung gebracht (vgl. auch Koenigstein S.238) - eingebracht sei, dem common law unangenehm sei. Die "objective contract"-Theorie geht jedoch in Ergebnis nicht weiter als die "subjective contract"-theorie in Verbindung mit der Doktrin des "consensus by estoppel": der Willensmangel führt hier wie dort zu denselben rechtserheblichen (s. oben S. 30).

(84) (1906) 6 Col.L.Rev.36,40; vgl. auch Fuller-Fredericks S.81 sowie S.11 mit Hinweis auf Keeton, The elementary Principles of Jurisprudence, 1948, S.408/9: "the agent is only a channel of communication..."; See Motor Car Co. v. Barnes, 80 Okla.38: "for the act of his agent within his ...authority the principal is liable, because the act of the agent is the act of the principal". So auch u.a. Struman Motor Co. v. Brown, 126 Okla.36, 243 P.133.

Angebot des Prinzipals.⁽⁸⁵⁾

Die moderne Auffassung, die auch dem Restatement zugrundeliegt, verzichtet auf die Identitätsfiktion. So läßt Seavey⁽⁸⁶⁾ die Auffassung, daß der agent lediglich "medium of communication" sei, nur für den Fall gelten, daß er auf bestimmte Weisungen des Prinzipals handelt. Hat der Prinzipal dem agent aber in irgendeiner Hinsicht Entschlußfreiheit (discretion) eingeräumt, so liegt nach Seaveys Ansicht zwar eine Abweichung von der üblichen "offer-acceptance"-Situation vor, jedoch keine Abweichung von der "theory of contract". Wenn der Vertrag auch durch den unabhängigen Willen des agent zustandekomme, so sei doch entscheidend, daß er in Übereinstimmung mit dem geäußerten Willen des Prinzipals zustandekomme. Daher träfen die Rechtswirkungen des vom agent abgeschlossenen Rechtsgeschäfts unmittelbar den Prinzipal.⁽⁸⁷⁾ Was nach der "objective contract"-Theorie für das unmittelbare Vertragsangebot des Prinzipals gelten würde, gelte auch für die Erklärung des Prinzipals, durch die er seine Zustimmung zu dem Angebot des agent äußere.⁽⁸⁸⁾ Eine solche Zustimmungserklärung liegt daher stets vor, wenn der Prinzipal durch sein äußeres Verhalten den Dritten in den Glauben versetzt, daß der angebliche agent sein wirklicher agent sei.⁽⁸⁹⁾

(85) Cook 5 Col.L.Rev. 35,43: "If the principal has said to the third party 'this man is authorized to manifest my intention to you', and then the agent makes an offer within this apparent authority, has not the principal on all sound principles manifested to the third party his intent to contract?"

(86) S.81/82.

(87) S.81 Anm.39. Seavey macht offenbar keinen Unterschied zwischen einem Boten und einem Vertreter mit "gebundener Marschroute", der Vertreter im Willen ist, weil er trotz Fehlens jeglicher Entschlußfreiheit eine "eigene" Willenserklärung abgibt (vgl. Müller-Freienfels S.72, Staudinger-Going Einl.36 zu § 164, Soergel-Schultze v. Lasaulx Anm.22 vor § 164 m.w.Nachw.). Einen "independent will" hat nur der agent mit eigener Entschlußfreiheit. Dennoch sieht Seavey anscheinend sowohl den Boten als auch den Vertreter mit gebundener Marschroute als agent an.

(88) Seavey, Tent.Draft zum RA, comment zu § 8, Abs.4; vgl. ferner RA § 8 comment c; Tiffrany S.41; Mechem § 89.

(89) RA § 27; Seavey S.82: "...Actions have the same weight in expressing intentions as do words, and in neither agency nor contracts do we inquire what a party thinks; we interpret his words and acts..."

Kennzeichnend für diese Konstruktion der apparent authority ist, daß der agent einen w i r k l i c h e n , also nicht nur fiktiven Vertrag zustandebringt. Die apparent authority hat mithin die rechtliche Wirkung wirklicher (real) authority, und die Anhänger der "objective contract"-Theorie weisen darauf hin, daß so das unbefriedigende Ergebnis vermieden werde, daß die Verpflichtung des Prinzipals vom Vorliegen einer "change of position" abhängt und kein wirklicher Vertrag entstehe.

Dem Einwand, daß ohne wirkliche, also dem agent erteilte authority kein agency-Verhältnis entstehen könne und daher notwendigerweise - weil nämlich ein w i r k l i c h e r Vertrag nur im Rahmen eines w i r k l i c h e n agency-Verhältnisses zur Entstehung kommen könne - die Verpflichtung des Prinzipals auf das estoppel-Prinzip gestützt werden müsse, begegnet Seavey mit dem Hinweis, daß es im Verhältnis zwischen dem Prinzipal und dem Dritten allein darauf ankomme, ob der apparent agent die p o w e r habe, den Prinzipal zu verpflichten.⁽⁹⁰⁾ Der apparent agent habe zwar nicht, wie Cook meine, w i r k l i c h e authority, er habe aber eine w i r k l i c h e power. Seavey verweist auf § 167 BGB, wonach die power auch durch Erklärung des Prinzipals gegenüber dem Dritten zur Entstehung gebracht werden könne. Er geht allerdings nicht darauf ein,⁽⁹¹⁾ daß das BGB nicht auf dem Boden der "objective contract"-Theorie entsprechenden Erklärungstheorie steht, sondern unter bestimmten Voraussetzungen den für den Dritten nicht erkennbaren inneren Willen maßgebend sein läßt (§§ 118, 119 ff. BGB).

Mechem⁽⁹²⁾ und Williston⁽⁹³⁾ sind der Auffassung, daß die "objective contract"-Theorie zu denselben Ergebnissen führe wie die estoppel-Theorie. Mechem meint, die "objective-contract"-Theorie vereinfache die Problematik zu sehr; denn es sei nicht dasselbe, ob der Prinzipal persönlich oder ob der (mit authority oder apparent authority ausgestattete) agent das Rechtsgeschäft abschließe.

(90) S. 83

(91) S. 84 bes. Anm. 46.

(92) § 90.

(93) S. 233 ff. So auch 2 Am. Jur. Agy. § 104.

Die "objective contract"-Theorie ignoriere diesen Unterschied, die estoppel-Theorie erkenne ihn an. Das "estoppel by representation" sei ein Institut der equity und als solches der Anpassung an die besondere Problematik der agency fähig. Daher könnte die Schwierigkeit, daß an sich eine "change of position" des Vertrauenden erforderlich sei und keine Bindung beider Parteien entstehe, überwunden werden.⁽⁹⁴⁾

Die "objective contract"-Theorie ist auf Amerika beschränkt.⁽⁹⁵⁾ In England hat sie im Vertragsrecht und daher auch im Recht der Stellvertretung keine Anerkennung gefunden. In England vertritt jedoch Powell ebenfalls eine von der estoppel-Theorie abweichende Auffassung. Er geht davon aus, daß die "apparent authority" bereits anerkannt gewesen sei, als man sie noch nicht als Erscheinungsform des estoppel betrachtet habe. Die Voraussetzungen der apparent authority entsprächen zwar den Voraussetzungen des estoppel by representation, insbesondere verlange auch die apparent authority eine "change of position". Doch stelle sie eine echte Verpflichtung des Prinzipals her, und aus der Verpflichtung des Prinzipals folge rechtlich, daß der Prinzipal seinerseits das Recht habe, den Dritten zu verklagen. Im Ergebnis gelangt Powell also wie die objective contract-Theorie zu einer gegenseitigen Verpflichtung der Parteien aus dem Rechtsgeschäft, das der agent im Rahmen der apparent authority abgeschlossen hat.⁽⁹⁶⁾

Im übrigen wird, soweit ersichtlich, in der Rechtsprechung und im Schrifttum in England die apparent authority weiterhin als Erscheinungsform des estoppel behandelt.⁽⁹⁷⁾ In Amerika ist die Rechtsprechung uneinheitlich.

(94) § 86. Damit nähert sich Mechem dem Gedanken, der in der Entscheidung Canada (West Indies) Steamships (s.o.Anm.75) zum Ausdruck gelangte.

(95) Vgl. Anson-Guest S.7.

(96) S.60 ff. mit Hinweis auf 15 Harv.L.R. 324. Den Ausdruck "agency by estoppel" verwirrt Powell, da das estoppel kein agency-Verhältnis zwischen Prinzipal und agent, sondern nur die Verpflichtung des Prinzipals gegenüber dem Dritten herstelle.

(97) s.o.S.15.

Einerseits wird behauptet, die Mehrzahl der Entscheidungen beruhe auf der estoppel-Doktrin.⁽⁹⁸⁾ Nach den Untersuchungen Seaveys⁽⁹⁹⁾ ist die apparent authority jedoch nur in wenigen Fällen ausdrücklich auf die estoppel-Doktrin gestützt worden. Nur in einem Falle sei die Verpflichtung des Prinzipals mit der Begründung verneint worden, es liege keine "change of position" vor, da der Dritte auf Grund der apparent authority zwar einen Kaufvertrag geschlossen, jedoch noch nicht geleistet habe.⁽¹⁰⁰⁾

In den meisten Fällen habe vor Klageerhebung durch den Dritten eindeutig eine "change of position" - z.B. durch Erfüllung - vorgelegen. Daher sei das Problem, ob der Prinzipal auch ohne "change of position" verpflichtet werde, nicht aufgetaucht. In vielen Fällen, in denen der Dritte aus einem nicht erfüllten (executory) Vertrag gegen den Prinzipal geklagt habe, sei die "change of position" nicht erörtert worden und auf Grund des Sachverhalts auch nicht festzustellen, ob sie vorlag - vorausgesetzt, daß der bloße Vertragsabschluß als solcher nicht schon als "change of position" angesehen wird. In den Fällen Cox v. Humble Refining Co.⁽¹⁰¹⁾ sowie Aglin Canning Co. v. Marr Canning Co.⁽¹⁰²⁾ und Commercial Credit Co. v. Macht⁽¹⁰³⁾ sei jedoch dem Anspruch des Dritten stattgegeben worden, obwohl eindeutig eine "change of position" nicht vorgelegen habe.

Die Untersuchungen Seaveys haben nicht ergeben, daß nach Inkrafttreten des Restatement of Agency (1933) die Rechtsprechung sich geändert hat.⁽¹⁰⁴⁾ Die sections des Restatements, die die apparent authority betreffen (besonders § 8), seien zwar häufig angeführt worden. Allerdings

(98) Williston S.233 ff.; 2 Am.Jur.Agy. § 104.

(99) Tent.Draft No.1 zum RA, 2 Absatz zu § 8.

(100) Reo Motor Car Co. v. Barnes (S.O.Anm. 58).

(101) 16 S.W.2d 285 (1929).

(102) 152 Ark. 1 (1922).

(103) 165 N.E. 766 (1929).

(104) Tent.Draft, wie vor, 3.Absatz.

sei auch in vielen dicta ausgesprochen worden, daß der Prinzipal nur hafte, wenn eine "change of position" vorliege.

Vermutlich wird die weitere Entwicklung in Amerika dazu führen, daß sich die Auffassung des Restatement durchsetzen wird, zumal dort die objective contract-Theorie im V e r t r a g s r e c h t die estoppel-Theorie völlig verdrängt hat.

3. A b s c h n i t t

DIE VORAUSSETZUNGEN DER APPARENT AUTHORITY IM EINZELNEN

1. Der Anscheinstatbestand

(1) "Manifestation" des Prinzipals

Erste Voraussetzung der apparent authority ist ein objektiver Tatbestand - eine "manifestation" i.S. von § 8 des Restatement bzw. eine "representation" i.S. der estoppel-Doktrin -, aus dem der Dritte bei verständiger Würdigung schließen darf, der Prinzipal habe dem agent (actual) authority erteilt. Darunter fällt in erster Linie die ausdrückliche Mitteilung des Prinzipals an den Dritten oder die Vorlage einer Vollmachtsurkunde, die der Prinzipal dem agent ausgehändigt hat.⁽¹⁾

Im Rahmen der apparent authority nehmen diejenigen Fälle breiten Raum ein, in denen der Prinzipal einem anderen - z.B. einem Angestellten seines Gewerbebetriebs - eine äußere Stellung eingeräumt hat, die diesen als agent mit einer der äußeren Stellung entsprechenden authority erscheinen läßt. Gutgläubigen gegenüber gilt der Angestellte nach Maßgabe seiner äußeren Stellung als ermächtigt, den Prinzipal rechtsgeschäftlich zu vertreten, auch wenn er nur in geringerem Umfang oder überhaupt nicht ermächtigt ist.⁽²⁾ Das gilt auch dann, wenn der Prinzipal dem "agent" die Stellung zwar nicht eingeräumt hat, aber duldet, daß dieser die Stellung einnimmt. Das Verhalten des Prinzipals ist dann ein "holding out another as his agent".

So hat der Betriebsführer einer Zeche (manager of a mine) apparent authority, im Namen des Bergwerksunternehmens bestimmte, für den Betrieb notwendige Gegenstände anzuschaffen, auch wenn ihm im Innenverhältnis keinerlei

(1) s.o.S. 13 ff.

(2) Williston S.209 m.w. Nachweisen.

(3) Halsbury 1 Art. 365.

authority zum Abschluß von Rechtsgeschäften eingeräumt ist.⁽⁴⁾ Entsprechendes gilt z.B. für den "foreman" eines Sägewerks⁽⁵⁾, der eine Ladung Holz für den Betrieb bestellt, ferner für die Oberin (matron), die für den Verbrauch im Krankenhaus Lebensmittel bestellt,⁽⁶⁾ sowie für den Eisenbahninspektor, der für gewisse Streckenarbeiten Steine und Sand bestellt.⁽⁷⁾ Dagegen hat der Angestellte (clerk) eines Kaufmanns ohne weiteres keine apparent authority, Waren zu bestellen.⁽⁸⁾

Die apparent authority der Angestellten beruhte in diesen Beispielen auf den "wide administrative functions", die der Prinzipal ihnen übertragen hatte.⁽⁹⁾ Sind solche Funktionen, die an sich schon den Anschein einer authority-Erteilung hervorrufen, nicht übertragen, so kommt es im Einzelfalle auf sonstige äußere Merkmale der faktischen Stellung des agent an. So hat der kraft seiner Stellung als Auskunftsbeamter nicht mit der apparent authority eines Kassierers ausgestattete Bankangestellte jedoch dann apparent authority, Einzahlungen von Kunden

-
- (4) Hawken v. Bourne (1841), 8 M.& W. 703. Der manager eines Verlags hat apparent authority, Druckverträge abzuschließen, Conde Nast Press v. Cornhill Publishing Co., 255 Mass.48, 152 N.E.240. Entsprechendes gilt für manager: einer Fabrik, Smith v. Hull Glass Co. (1852), 11 C.B.897; einer Eisenbahngesellschaft, Cox v. Midland Counties Ry.Co. (1849), 3 Exch. 268; eines Landguts, Peers v. Sneyd (1853), 17 Beav. 151; Jones v. Phipps (1868), L.R. 3 Q.B.567; einer Gaststätte, Watteau v. Fenwick, s.u.S.103; eines Hotels, Kinahan v. Parry, (1910) 2 K.B.389; eines Handelsgeschäfts im allgemeinen, Edmunds v. Bushell (1865), L.R. 1 Q.B. 97; Smith v. M'Guire, s.u.S.95; manager im allgemeinen: Mechem § 67; Tiffany S.85 ff; Gordon v. Leavy (1908), 7 W.L.R.833, CAN.; Guy v. Brady (1885), 24 N.B.R. 563, CAN.; Ledwell v. Charlottetown Light & Power Co.(1913), 13 E.L.R.225, CAN.
- (5) Richardson v. Cartwright (1844), 1 Car.& Kir. 325.
- (6) Real & Personal Advance Co. v. Phalempin (1893), 9 T.L.R. 568.
- (7) O'Brien v. Credit Valley Ry.Co.(1875), 25 C.P.275 (Can.). Weitere Rechtsprechungshinweise: 1 Dig.370 ff. sowie California, Mississippi, Oklahoma u. West Virginia Annotations zu §§ 8, 27, 159 RA.
- (8) Bailey & Whites, Ltd. v. House (1915), 31 T.L.R.583.
- (9) Hanbury S.29/30.

entgegenzunehmen, wenn der Prinzipal ihm für die Auskunftstätigkeit den Schalterplatz des Kassierers zuweist.⁽¹⁰⁾

Im Falle Livingstone v. Fuhrmann⁽¹¹⁾ betrieb der Beklagte einen Groß- und Einzelhandel mit Schmuckwaren. Er war mit L., einem selbständigen Juwelier, der allerdings nicht über eigene Geschäftsräume verfügte, wie folgt übereingekommen: L. durfte seinen eigenen Kunden in den Geschäftsräumen des Beklagten Waren vorführen und verkaufen, die dieser ihm dann zum Großhandelspreis überließ. Zur Werbung benutzte L. Karten, auf denen Anschrift und Rufnummer des Beklagten angegeben waren. Unter diesen Umständen durfte der Kläger, ein Kunde des L., annehmen, L. sei nicht selbständiger Juwelier, sondern agent des Beklagten.

Die bisher erwähnten Fälle sind dadurch gekennzeichnet, daß der Prinzipal eine bestimmte äußere Stellung oder Tätigkeit des "agent" duldete. Aus dieser tatsächlichen Duldung durfte der Dritte schließen, der Prinzipal habe dem agent authority der Art und des Umfanges erteilt, die nach der Verkehrsauffassung mit einer solchen faktischen Situation üblicherweise verbunden ist.

Entsprechendes gilt auch dann, wenn der Prinzipal die Tätigkeit des agent, aus der der Dritte auf das Vorliegen von authority schließen darf, nicht wirklich, sondern nur dem äußeren Anscheine nach duldet. Auch in

(10) RA § 49 comment b, Beispiel 5. Vgl. ferner Foley v. Wolfe, Steffelin & Co., 232 Ill. App.333: Apparent authority lag vor, da ein Versicherungsangestellter Briefköpfe des Prinzipals benutzte und an einem Schreibtisch in dessen Büro saß. Weitere Fälle dieser Art: Northwestern Mut. Life Ins. Co. v. Steckel, 250 N.W.476, sowie unten S.48ff. Der Überbringer einer echten Quittung gilt wie nach § 370 BGB als ermächtigt, die Leistung zu empfangen, 2 Am.Jur.Agy. § 160 m.Hinw. auf Nash v. Union Mut. Fire Ins. Co., 68 Am.Dec.65.

(11) 37 A.2d 747 (1944). Vgl. auch Boone v. General Shoe Corp., 219 Ark. 340, 242 S.W.2d 138 (1951): Die Geschäftsinhaberin B. duldete, daß die J. in einem Raum innerhalb ihres (B's) Ladens ein selbständiges Schuhgeschäft betrieb. J. hatte apparent authority. So auch Combs v. Kobacker Stores, Inc., 114 N.E.2d 447 (Hier handelte es sich um die Haftung für unerlaubte Handlung im Rahmen der apparent authority); vgl. auch RG JW 1924,95: Haftung der Stadt, die duldete, daß im Stadttheater ein selbständiger Kaufmann eine Garderobe betrieb.

diesem Falle liegt ein "holding out" eines anderen als agent vor. Hier sind mehrere Fallgruppen zu unterscheiden. Hat z.B. der Prinzipal seinen general agent längere Zeit tätig sein lassen, so hat er damit den Geschäftspartnern des agent gegenüber apparent authority geschaffen. Das hat zur Folge, daß die apparent authority nicht schon durch Widerruf gegenüber dem agent erlischt. Wird der agent unerlaubterweise weiterhin für den Prinzipal tätig, so darf der gutgläubige Dritte aus der bisherigen Duldung der Tätigkeit schließen, der Prinzipal dulde auch das weitere Auftreten des agent. Dieser Anschein der fortgesetzten Duldung läßt die apparent authority so lange fortbestehen, bis der Prinzipal sie dem Dritten gegenüber widerruft.⁽¹³⁾ Apparent authority kann ferner vorliegen, wenn der agent seine authority überschreitet oder ohne jede authority auftritt und der Anschein erweckt wird, daß der Prinzipal das Auftreten des "agent" dulde und diesem also authority erteilt habe.

Im Falle Metropolitan Club v. Hopper, Megaw & Co.⁽¹⁴⁾ hatte der beklagte Club der R.-Gesellschaft Räume des Clubhauses zum Betriebe eines Restaurants vermietet. A, der Geschäftsführer der R.-Gesellschaft, bestellte beim Kläger Waren und wies ihn an, die Rechnungen dem Beklagten vorzulegen. Die Rechnungen gingen auch beim Beklagten ein. Die Buchhalterin des Beklagten bemerkte jedoch den "Irrtum" und reichte die Rechnungen kurzerhand weiter an A zur Erledigung. Das wiederholte sich mehrfach. Als ein größerer Zahlungsrückstand entstanden war, verklagte der Kläger den Beklagten. Das Gericht gab der Klage statt mit der Begründung, die Buchhalterin hätte die Angelegenheit den executive officers der Beklagten melden müssen, damit dem Kläger von der wahren Sachlage Mitteilung gemacht werde. Diese Unterlassung, für die der Beklagte einstehen müsse, habe den Kläger in den Glauben versetzt, der Beklagte habe A authority zu den

(13) Trueman v. Loder (1840), 113 E.R.539; vgl. auch Columbus Pipe & Equipment Co. v. Ackerson, 135 N.E. 2d 75; vgl. § 170 BGB.

(14) 153 Md.666, 139 A.554 (1927).

Warenbestellungen erteilt.⁽¹⁵⁾ Die apparent authority des A beruhte darauf, daß der Dritte annehmen durfte, der Prinzipal kenne das Verhalten des agent und würde es unterbinden, wenn er es nicht duldete.⁽¹⁶⁾

Ob eine ausreichende Vertrauensgrundlage gegeben ist, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalles. Im Falle des Metropolitan Club erstreckte sich das dem Anscheine nach geduldete Auftreten des "agent" über einen längeren Zeitraum. Die zweimalige Begleichung von Rechnungen über Waren, die ein vollmachtloser früherer Angestellter des Prinzipals, der niemals authority oder apparent authority gehabt hatte, im Namen des früheren Prinzipals gekauft und in Empfang genommen hatte, begründet jedoch auch dann keine apparent authority, wenn die Nichtentdeckung des vollmachtlosen Auftretens auf nachlässigem Verhalten des Prinzipals beruht.⁽¹⁷⁾ Entsprechendes gilt, wenn die Mutter in mehreren Fällen in Kenntnis der wahren Sachlage den Preis von Pferden bezahlt, die ihr Sohn ohne ihre Erlaubnis in ihrem Namen gekauft hatte.⁽¹⁸⁾ Apparent authority setzt mehr voraus als bloße Nachlässigkeit (negligence) des Prinzipals. Nur ein solches nachlässiges Verhalten, das der verständige Dritte als "holding out as agent" auffassen darf, begründet apparent authority.⁽¹⁹⁾

(2) Die Begrenzung der Haftung des Prinzipals

Um die Stellung des Prinzipals gegenüber der Stellung des Verkehrs nicht über Gebühr zu schwächen, hat die Rechtsprechung einschränkende Voraussetzungen aufgestellt, die im folgenden zu erörtern sind.

(15) Vgl. auch Martin v. Webb, 110 U.S. 7, 28 L.Ed. 49; Wisconsin v. A. Lumber Co. v. Day, 35 F.2d 563; Columbus... v. Ackerson, Anm. 23; s. auch Williston S. 213 ff. m. weit. Nachw.; Am. Jur. Agy. § 102 m. weit. Nachw.; RA § 49 comment a, Beispiel 4; Oklahoma Annotations zu §§ 8, 27 RA m. weit. Nachweisen.

(16) Vgl. 2 Am. Jur. Agy. § 102: "The appearance is created because of the fact that the third person is entitled to assume that the principal is cognizant of the exercise of authority and would forbid it if it were unauthorized." So auch Williston S. 215.

(17) Bailey & Whites, Ltd. v. House (1905), 31 T.L.R. 583.

(18) Barrett v. Irvine (1907), 2 I.R. 462, IRL.

(19) Halsbury 1. Art. 365; s. u. S. 44 ff.

a. Die Verantwortlichkeit für den Anscheinstatbestand

Der Anscheinstatbestand mußte ursprünglich vorsätzlich ("wilfully", "knowingly", "intentionally") hervorgeufen sein.⁽²⁰⁾ Später wurde auch das fahrlässige Verhalten - Tun (commission) oder Unterlassen (omission) - als Entstehungstatbestand anerkannt. Die modernen Entscheidungen stellen ausschließlich darauf ab, ob dem Dritten das Verhalten des Prinzipals als "wilful" erscheint.⁽²¹⁾ Der noch heute häufig verwendete Begriff "wilful" sagt nichts über die wirkliche Willensrichtung aus: "An estoppel exists where one by his words or conduct wilfully causes another to believe in the existence of a certain state of things... The word 'wilfully'... (does not) imply an active desire to produce a particular impression... Whatever the motive may be, if one so acts or speaks that the natural consequence of his words or conduct will be to influence another to change his condition, he is legally chargeable with an intent - a wilful design - to induce the other to believe him."⁽²²⁾

Demnach kann dem Prinzipal auch das fahrlässige Verhalten als "wilful" zugerechnet werden, wenn es dem Dritten so erscheint. Doch kommt es nicht allein auf den Standpunkt des Dritten an. Für das dem Dritten als "wilful" erscheinende Verhalten hat der Prinzipal nur einzustehen, wenn er dafür verantwortlich gemacht werden kann. Ein Anscheinstatbestand, den er nicht verhindern konnte, zieht daher die Haftung des Prinzipals nicht nach sich.⁽²³⁾

(20) Powell S. 57.

(21) St.RSpr. und h.M., vgl. Powell S.57 f.; RA § 8; 2 Am. Jur.Agy. § 104; Williston S.206 ff.; Mechem § 91.

(22) Preston v. Mann, 25 Conn. 118; vgl. auch Freeman v. Cooke (1848), 2 Exch. 654; Powell S.57 f.

(23) Hansche v. Conroy, 269 N.W.309, 222 Wis.553 (1936); RA-§ 159 comment b: Der Prinzipal haftet nur, "... if, under the circumstances, (he) may fairly be charged with responsibility..."; Judge Parker in Freeman v. Cooke (s.o.Anm.22) unter Hinweis auf Gregg v. Wells (1839) 10 Ad. & El.90: "...a party who negligently or culpably stands by and allows another to contract on the faith of a fact which he can contradict, cannot afterwards dispute that fact... By the term 'wilfully'... we must understand... at least, that he means his representation to be acted upon... and if, whatever a man's real intention may be, he

b. Begrenzung der Haftung bei vorsätzlicher Unterlassung und fahrlässigem Verhalten

(a) Die vorsätzliche Unterlassung

Eine weitere Einschränkung zum Schutze des Prinzipals ist nach den Ausführungen Judge Parkers⁽²³⁾ zu machen, wenn die als "wilful" erscheinende "representation" auf einer Unterlassung oder auf einem nachlässigen Verhalten (negligent conduct) beruht. Beruht der Anschein auf einer v o r s ä t z l i c h e n Unterlassung, weiß also der Prinzipal, daß der agent dem Dritten gegenüber ohne authority als sein agent auftritt und weiß er, daß der Dritte aus seinem Schweigen schließt, der agent handele mit authority, so liegt seine Pflicht zur Aufklärung (duty to disclose the truth) auf der Hand.⁽²⁴⁾ Wie weit diese Pflicht geht, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Ist der Kreis derjenigen, die Gefahr laufen könnten, durch den "agent" getäuscht zu werden, nicht zu übersehen, so kann die Bekanntmachung in einer Zeitung notwendig sein.⁽²⁵⁾

(b) Das fahrlässige Verhalten

aa. Fahrlässigkeit (negligence) im allgemeinen.

Schwierigkeiten tauchen auf, wenn die representation auf negligence des Prinzipals beruht. Zum Verständnis der Problematik muß zunächst allgemein auf den Begriff der negligence eingegangen werden.

"Negligence" ist wie "Fahrlässigkeit" Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt.⁽²⁶⁾ Anders

so conducts himself that a reasonable man would take the representation to be true, and believe that it was meant that he should act upon it..., the party making the representation would be precluded from contesting the truth; and conduct, by negligence or omission, where there is a duty cast upon a person ... to disclose the truth, may often have the same effect."

(24) Shapleigh Hardware Co. v. McCoy & Son, 23 Ga.App.265, 98 S.E. 102; Halsbury 13 Art. 566; vgl. auch RA 2d § 8 B comment c und d.

(25) Shapleigh v. McCoy (s.o.Anm.24); RA § 8 B comment d.

(26) Vgl. die Definition Judge Andersons in Blyth v. Birmingham Waterworks Co.(1856), 11 Ex. 781. Danach ist negligence "the omission to do something which a reasonable man, guided upon those considerations

als die "Fahrlässigkeit" i.S. von § 276 BGB ist jedoch "negligence" nicht nur eine Schuldform, die zu dem rechtswidrig verletzten Tatbestand in Beziehung zu setzen ist. Sie stellt vielmehr eine zentrale Rechtsfigur - hauptsächlich des Rechts der unerlaubten Handlungen (law of torts) - dar, die Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Fahrlässigkeit (im engeren Sinn) umfaßt. Das bedeutet allerdings nicht, daß reine, absolute "negligence" eine haftungsbegründende unerlaubte Handlung wäre. Wesentliches Merkmal der negligence ist vielmehr, daß eine Pflicht zum sorgfältigen Handeln (duty of care) gegenüber dem Geschädigten bestand: "There is no absolute or intrinsic negligence; it is always relative to some circumstance of time, place, or person... There can be no action except in respect of a duty infringed..."⁽²⁷⁾ Nur wenn eine Sorgfaltspflicht infolge von "Fahrlässigkeit" verletzt worden ist, liegt negligence im Rechtssinne (actionable negligence) vor. Um Tatbestände der actionable negligence zu bilden, hat die Rechtsprechung zum law of torts schrittweise und empirisch Kategorien von "Sorgfaltspflichten" entwickelt.⁽²⁸⁾ Dabei stellte sie darauf ab, ob das fahrlässige Verhalten - Tun oder Unterlassen - ein physisches Verhalten (z.B. eine Körperverletzung) oder nur eine misrepresentation (z.B. eine falsche Auskunft) war, ferner welches Rechtsgut (z.B. Eigentum oder Vermögen) verletzt wurde und schließlich, in welchem Verhältnis der fahrlässig Handelnde zu demjenigen stand, dessen Rechtsgut verletzt wurde. Erst spät, nämlich in der Entscheidung *Heaven v. Pender* aus dem Jahre 1883⁽²⁹⁾ machte Brett, M.R., den Versuch, die "Sorgfaltspflicht" allgemein zu definieren. Eine bedeutende und häufig erwähnte allgemeine Formel ist das (obiter) dictum⁽³⁰⁾ Lord Atkins in *Donoghue (M'Allister) v. Stevenson*.⁽³¹⁾ Das House of Lords gab dem Schadens-

which ordinarily regulate the conduct of human affairs, would do, or doing something which a prudent and reasonable man would not do"; vgl. auch Am.Jur.Negl. § 2 m.w. Nachw.; Beven S. 2 ff.

(27) *Bramwell in Degg v. Midland Ry.Co.* (1857), 1 H.& N. 781.

(28) *Street S. 113*

(29) 11 Q.B.D., vgl. *Street S.113*.

(30) Zum Unterschied zwischen dictum und ratio decidendi

ersatzanspruch der Klägerin statt, die verdorbenes Bier getrunken hatte, das aus der Brauerei des Beklagten stammte. Obwohl die Klägerin die Flasche bei einem Einzelhändler gekauft hatte und somit kein Vertragsverhältnis zwischen ihr und dem Beklagten bestand, wurde eine Sorgfaltspflicht des Beklagten gegenüber der Klägerin bejaht. Lord Atkin führte aus, jeder müsse durch angemessene Sorgfalt alles verhindern, was bei verständiger Voraussicht dem "Nächsten" (neighbour) schaden könne. Den Begriff "neighbour" faßte er sehr weit: "Who then in law is my neighbour? The answer seems to be - persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being affected when I am directing my mind to the acts or omissions which are called in question."

Powell⁽³²⁾ weist mit Recht darauf hin, daß diese Formel praktisch jeden Fall der negligence umfassen dürfte. Bemerkenswert ist, daß hier das Merkmal der Voraussehbarkeit (foreseeability) verwendet wird. Soweit in dieser Entscheidung festgestellt wurde, daß die Sorgfaltspflicht des Herstellers gegenüber dem Verbraucher nicht vom Bestehen vertraglicher Beziehungen abhängt, ist das law of torts bindend um eine Kategorie von Haftungstatbeständen erweitert worden. Nur soweit ging die ratio decidendi.⁽³³⁾ Die allgemeinen Ausführungen haben als obiter dicta keine präjudizielle Wirkung. Ein Gericht wird also, wenn es die Haftung, die von dem allgemeinen Grundsatz Lord Atkins an sich gedeckt sein würde, verneinen will, das dictum ignorieren und entscheiden, daß der Sachverhalt nicht unter eine der anerkannten Kategorien fällt; will es die Haftung um eine neue Kategorie erweitern, wird es sich wahrscheinlich auf das dictum stützen.⁽³⁴⁾

in anglo-amerikanischen Entscheidungen s. Fikentscher S.6 Anm.19; Bodenheimer S.4.

(31) (1932) A.C.562.

(32) S.54

(33) Street S.114; in Zweifel ist die engere Formulierung die ratio decidendi, S.118.

(34) Street S.115.

So haben spätere Entscheidungen das dictum Lord Atkins dahin eingeschränkt, daß jedenfalls eine negligent misrepresentation nur insoweit eine Sorgfaltspflicht begründet, als sie eine Gefahr für Leben, Körper (danger to limb) oder Gesundheit herbeigeführt habe.⁽³⁵⁾ In Candler v. Crane, Christmas & Co⁽³⁶⁾ vertrat Lord Justice Asquith den Standpunkt, daß das weitgehende dictum Lord Atkins auf eine durch negligent misrepresentation verursachte Sachbeschädigung (physical injury to property) angewandt werden könne, nicht aber auch auf einen so verursachten reinen Vermögensschaden. Im Hinblick auf eine bloße Vermögensschädigung beschränkte der Court of Appeal eine Sorgfaltspflicht auf den Fall, daß zwischen dem Schädiger und dem Geschädigten ein Vertrags- oder Vertrauensverhältnis besteht.⁽³⁷⁾

bb. Negligence und apparent authority

(insbesondere im Zusammenhang mit der Überlassung von Wertpapieren an den agent).

Die bisherigen Ausführungen betrafen die Sorgfaltspflicht im Rahmen der Schadensersatzpflicht wegen unerlaubter Handlung. Im Rahmen der estoppel-Lehre (hier: der apparent authority) hat die Rechtsprechung sich zwar im allgemeinen an den im law of torts entwickelten Grundsätzen orientiert. Andererseits lassen die Entscheidungen erkennen, daß der Kreis der Sorgfaltspflichten im Rahmen der estoppel-Lehre erheblich weiter gezogen wird als im law of torts, und zwar möglicherweise sogar so weit, wie die erwähnte Formel Lord Atkins reicht.⁽³⁸⁾

(aa) Positives Tun

In diesem Zusammenhang ist von Bedeutung, ob die

(35) Powell S.54 m.Hinweis auf Old Gate Estates v. Toplis, (1939) 3 All. E.R.209 und Heskell v. Continental Express, (1950) 1 All.E.R.1003.

(36) (1951) 2 K.B.164, 189 - Hier handelte es sich darum, ob ein Buchprüfer, der die Bilanz einer Gesellschaft nachlässig aufstellte, einem Dritten gegenüber, der im Vertrauen auf die Richtigkeit der Bilanz Kapital investierte und Vermögensschaden erlitt, eine "duty of care" schuldete.

(37) (1951) 2 K.B. 189.

(38) Powell S.55.

negligent misrepresentation ein positives Tun - eine ausdrückliche Mitteilung oder ein aktives schlüssiges Verhalten (positive conduct) - oder aber ein Unterlassen (negative conduct) ist. Im ersteren Falle läßt sich ohne Schwierigkeiten entscheiden, wem der Prinzipal eine Sorgfaltspflicht schuldet: nämlich jedem, an den sich seine representation richtet.⁽³⁹⁾ Soweit ersichtlich, wurde in Fällen dieser Art die Frage, ob eine Sorgfaltspflicht bestand, überhaupt nicht erörtert; offenbar wird das Bestehen einer Sorgfaltspflicht als selbstverständlich angesehen.

(bb) Unterlassen

In Fällen des auf negligence beruhenden "negative conduct" kann eine Sorgfaltspflicht aus verschiedenen Gründen bestehen.

Weiß der Prinzipal oder müßte er wissen, daß ein anderer Dritten gegenüber unbefugt als sein agent auftritt, so folgt daraus die Pflicht des Prinzipals, den Dritten von der wahren Sachlage zu unterrichten. Versäumt er das nachlässigerweise, so begründet seine fahrlässige Unterlassung apparent authority.⁽⁴⁰⁾

Schwierigkeiten bieten in diesem Zusammenhang dieje-

-
- (39) Hughes 54 L.Q.R. 371. Eine solche negligent representation liegt z.B. vor, wenn der Prinzipal dem Dritten ein Schreiben sendet, das infolge nachlässiger Formulierung den Anschein erweckt, der agent habe authority erhalten.
- (40) So im Falle Metropolitan Club v. Hopper (s.o.S.41): "Whenever the circumstances are such that a party learns, or is charged with knowledge, that he has been placed by the wrongful act of a third party in such a relation with a second party that a reasonable man would perceive that, if he did not use ordinary care and caution with reference to these circumstances, he would as a natural consequence thereof thereby cause danger of injury to the property of a second party, it becomes the duty of the first party to act so as to avoid such danger... (The) silence and inaction of the appellant... did lead the appellee into the belief that the appellant was the buyer of the goods charged and delivered in its name, and thereby induced the appellee to act on his mistaken belief to his prejudice... The silence and inaction...were ...culpably careless according to the usual standard of business methods, and equivalent to a representation..."

nigen Fälle, in denen der Prinzipal einem anderen bewegliche Sachen, insbesondere Wertpapiere oder sonstige Urkunden überlassen hat und der andere Dritten vorspiegelt, er habe authority, diese Sachen zu veräußern, zu verpfänden oder dgl.

Nach einhelliger Auffassung begründet der Besitz beweglicher Sachen grundsätzlich weder den rechtlich erheblichen Anschein des Eigentums noch den Anschein der authority, als agent über sie zu verfügen.⁽⁴¹⁾ Übergibt z.B. der Prinzipal dem agent einen Hypothekenbrief⁽⁴²⁾ mit dem Auftrage, die Hypothek abzutreten, so erwirbt der Dritte keinerlei Rechte, wenn der agent bei der Abtretung seine authority überschreitet.⁽⁴³⁾

-
- (41) Weiner v. Gill, (1905) 2 K.B.172; Levi v. Booth, 58 Md.305, 42 Am.Rep.332 (1882); vgl. auch Mechem § 114, der darauf hinweist, daß der Besitz allein zwar grundsätzlich nicht rechtlich, wohl aber "natürlich" den Anschein des Eigentums hervorruft. - Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt z.B. bei Veräußerungen auf "offenem Markt" (market overt); vgl. dazu Powell S.176. Diese auf altsächsischer Überlieferung beruhende common-law-Regel ist in den englischen Sale of Goods Act von 1893 (Art. 22 Abs.1) aufgenommen worden. Eine weitere Ausnahme gilt für Verfügungen eines mercantile agent über ihm anvertraute Waren (Factors Act von 1887, vgl. Powell S.177 ff., Bowstead Art 84 ff., Halsbury 13 Art 558). Zu den entsprechenden gesetzlichen Vorschriften (statutes) in den Vereinigten Staaten vgl. Mechem §§ 123 ff.; 2 Am.Jur.Agy. § 115. In Amerika zeichnet sich die Entwicklung ab, allgemein denjenigen zu schützen, der bewegliche Sachen in einem einschlägigen Geschäftsbetrieb erwirbt (vgl. dazu RA 2d § 175 (3), bes. comment g; Mechem §§ 117 ff.)
- (42) Der Hypothekenbrief (mortgage deed) ist zu unterscheiden von der Urkunde, die das Eigentum an einem Grundstück verbrieft (title deed). Die Registrierung von Grundstücken ist auf Grund des Land Transfer Act von 1897 nur für London und gewisse andere Landesteile Englands vorgeschrieben. Dieses Landregister hat jedoch mit dem deutschen Grundbuch nur sehr wenig gemein. Die Veräußerung eines Grundstücks (conveyance) wird in einer förmlichen Urkunde (deed of conveyance) vollzogen und verlangt die Übergabe der title-deed. Belastet wird ein Grundstück in der Weise, daß dem Gläubiger (mortgagee) die title-deed übergeben wird und der Schuldner (mortgagor) in einer besonderen Urkunde (mortgage deed) die Schuld anerkennt.
- (43) Powell S.71. Hiervon ist der Fall zu unterscheiden, daß der Hypothekengläubiger dem Grundeigentümer

Verschiedentlich wird allerdings ausgesprochen oder angedeutet, daß die bloße Überlassung der title-deed und die - wenn auch begrenzte - authority zur Verpfändung den Anschein unbegrenzter authority des agent zur Verpfändung begründe.⁽⁴⁴⁾ Powell⁽⁴⁵⁾ weist jedoch darauf hin, daß in den Fällen dieser Art, in denen die Verpflichtung des Prinzipals bejaht wurde, entweder ein zusätzlicher Anhaltspunkt gegeben war, von dem der Dritte auf uneingeschränkte authority zur Verpfändung schließen durfte,⁽⁴⁶⁾ oder der agent aus anderem Grunde eine uneingeschränkte power zur Verpfändung hatte (z.B. weil der agent "general agent" war).⁽⁴⁷⁾

Überläßt der Berechtigte dem agent nicht nur die title-deed, sondern darüber hinaus noch die vollen "indicia of title", so daß der agent als Berechtigter erscheint, dann wirkt das authority-widrige Rechtsgeschäft des agent gegen den Berechtigten. Das ist z.B. der Fall, wenn der Grundeigentümer seinem agent neben der title-deed noch einen auf dessen Namen ausgestellten Hypothekenbrief aushändigt mit dem Auftrage, als verdeckter Stellvertreter durch Abtretung der Hypothek ein Darlehen aufzunehmen und ihm herauszugeben. Tritt der agent, der sich als Inhaber ausgibt, die Hypothek authority-widrig ab, so ist der Prinzipal "estopped", dem Dritten den Mangel der authority des agent entgegenzuhalten.⁽⁴⁸⁾

In diesem Falle handelt es sich in erster Linie um

(Schuldner) die title-deed zurückgibt, um ihm die Aufnahme weiterer, im Range nachfolgender Belastungen zu ermöglichen. Verschweigt der Schuldner dem neuen Gläubiger das Vorhandensein der Belastung, so wird die vorhandene Hypothek von der neuen im Range zurückgedrängt (postponed), Briggs v. Jones (1870), L.R.10 Eq. 92; vgl. auch Beven S.1954; Bowstead Art. 84 m.weit.Nachw.

(44) So L.J.Farwell in Fry & Mason v. Smellie & Taylor, (1912) 3 K.B. 282; Lord Herrschell in Brocklesby v. Temperance Building Society, (1895) A.C.173; Bowstead Art.84; vgl. auch RA 2d § 175 (2).

(45) S.71 f.

(46) Im Falle Brocklesby (s.o.Anm.44) bestand der zusätzliche Anhaltspunkt darin, daß der Prinzipal dem agent eine Vollmachtsurkunde ausgehändigt hatte, aus der die Beschränkung der authority nicht hervorging. Im Falle Fry v. Smellie (s.o.Anm.44) hatte der Prin-

ein Problem des estoppel a u ß e r h a l b des law of agency: Der Prinzipal ist "estopped", dem gutgläubigen Dritten den Mangel der authority des agent entgegenzuhalten, weil er den Tatbestand des "apparent ownership" geschaffen hat.⁽⁴⁹⁾ Judge Farwell ging aber auch auf ein spezielles Problem der agency ein: Hat der Prinzipal dem agent solche authority zur Verfügung über die Sache erteilt, die dem äußeren Anscheine nach so weit geht wie die Verfügungsmacht des Eigentümers - also dem Anscheine nach unbeschränkt ist -, so ergibt sich daraus für ihn die Pflicht, dem Dritten die Einschränkungen der authority mitzuteilen.⁽⁵⁰⁾ Unterläßt er fahrlässig, diese Pflicht zu beachten, so ist er "estopped", dem gutgläubigen Dritten den Mangel der authority des agent entgegenzuhalten. Der Dritte wird also auch geschützt, wenn er den agent, der die vollen "indicia of title" hat, nicht für den Eigentümer hält, sondern annimmt, der agent habe uneingeschränkte authority, die Hypothek als agent abzutreten.

Liegt ein Fall des "apparent ownership" oder der "apparent authority" vor, wenn der Berechtigte einem anderen neben den title-deeds eine blanko unterzeichnete Abtretungserklärung überläßt ?

Im Falle France v. Clark⁽⁵¹⁾ hatte der Berechtigte dem Beklagten Aktienurkunden zusammen mit einem Übertragungsblankett (blank transfer) als Sicherheit für ein Darlehen von 150 Pfund verpfändet. Der Beklagte - der Pfandgläubiger - verpfändete die Aktien mit dem Blankett ohne authority einem Dritten für 250 Pfund. Der Kläger

zipal dem agent außerdem eine blanko unterzeichnete Abtretungserklärung überlassen, s. dazu unten S.52.

(47) s. dazu unten S. 94 ff.

(48) Rimmer v. Webster, (1902) 2 Ch.163; vgl. auch Powell S.70 f.

(49) Lord St. Leonards in Mangles v. Dixon (1852), 3 H. L.Cas.702: "Where a man, having an interest in property, stands by and sees another man dealing with that property as owner, with another person who is ignorant of the want of title in the person with whom he is dealing, equity will bind the man who stands by." Zur Doktrin des "standing by" vgl. auch Halsbury 13 Art.566; auf Fahrlässigkeit beruhendes "standing by" reicht aus.

(50) (1902) 2 Ch.172; s. auch 2 Am.Jur.Agy.§ 114.

(51) (1884) 26 Ch. D. 257.

war nicht "estopped", geltend zu machen, daß die Aktien ohne authority abgetreten worden seien und der Dritte sie daher nicht erworben habe.

Im Falle Fry & Mason v. Smellie & Taylor⁽⁴⁴⁾ hatten die Kläger dem Beklagten (Taylor) ebenfalls Aktien und Übertragungsblankette ausgehändigt. Anders als in France v. Clark hatten die Berechtigten die Aktien jedoch nicht verpfändet, sondern ihrem agent Taylor mit dem Auftrage überlassen, sie für mindestens 250 Pfund zu verpfänden. Taylor verpfändete sie authority-widrig für eine geringere Summe. Er gab sich nicht als berechtigter Inhaber, sondern als bevollmächtigter agent aus. Die Kläger waren "estopped", sich auf den Mangel der authority zu berufen.

Lord Justice Vaughan Williams sah den entscheidenden Unterschied zu France v. Clark in dem Rechtsverhältnis, das die Berechtigten und der agent hinsichtlich der Aktien begründet hatten. In France v. Clark habe der Berechtigte die Urkunden dem anderen zur Sicherheit für ein Darlehen, nicht aber zur Abtretung an einen Dritten übergeben. In Fry v. Smellie hätten die Berechtigten die Aktien dagegen ihrem agent überlassen und diesem - wenn auch beschränkt - authority zur Verpfändung erteilt. Dadurch daß sie dem agent authority zur Verpfändung erteilt hätten, seien sie verpflichtet gewesen, die in Betracht kommenden Geschäftsgegner von den Einschränkungen der authority zu unterrichten. Die Unterlassung, diese Sorgfaltspflicht zu beachten, habe zur Folge, daß sie sich dem gutgläubigen Dritten gegenüber nicht auf den Mangel der authority des agent berufen könnten.⁽⁵²⁾

In beiden Fällen lag derselbe äußere Tatbestand vor: dem Dritten waren die Aktien zusammen mit den Abtretungsblanketten vorgelegt worden, und der agent spiegelte dem gutgläubigen Dritten vor, im Rahmen seiner authority zu

(52) Vaughan Williams, L.J. in Fry v. Smellie; .. (In France v. Clark) Clark...was simply a mortgagee or pledgee, and in no sense an agent of France with limited authority; and there was no need to apply the rule that an owner who gives indicia either for the purpose of raising money or sale, owes a duty to the persons whom he intends to act on such authority to give them notice of any limit that he places on the authority..."

handeln. Aber nur im Falle Fry v. Smellie sah der Court of Appeal apparent authority als gegeben an.⁽⁵³⁾ Der Grund dieser unterschiedlichen Beurteilung liegt darin, daß in beiden Fällen der Anscheinstatbestand mehrdeutig war.⁽⁵⁴⁾ Das - nicht ausgefüllte - Blankett schloß aus, daß der "agent" als berechtigter Inhaber gelten konnte. Das Blankett deutete zwar einerseits darauf hin, daß der Berechtigte in irgendeiner Weise über die Aktien zu verfügen beabsichtigte, ließ aber andererseits nicht eindeutig den Schluß zu, daß zwischen dem Berechtigten und dem Inhaber ein Vertretungsverhältnis bestand. Denn es ließ auch die Deutung zu, daß der Inhaber - wie in France v. Clark - die Urkunden nicht als agent, sondern als Pfandgläubiger erhalten hatte. Die Mehrdeutigkeit des Anscheinstatbestands hat die Rechtsprechung veranlaßt, bei der Abwägung der Interessen des Verkehrs und des Prinzipals die des letzteren mehr zu schützen als sonst: Eine Sorgfaltspflicht des Prinzipals gegenüber Dritten besteht nur dann, wenn er die title-deed und das Abtretungsblankett mit - wenn auch begrenzter - authority zur Übertragung, Verpfändung o.dgl. aus den Händen gegeben hat.

Die amerikanische Rechtsprechung macht diesen Unterschied nicht. Im Falle McNeil v. The Tenth Nat. Bank⁽⁵⁵⁾, dessen Sachverhalt dem der Entscheidung France v. Clark entspricht, wurde apparent authority angenommen: "There can be no occasion for the delivery of such documents, unless it be intended that they shall be used, either at the pleasure of the depositary or under contingencies to arise. If the conditions under which this apparent right of control is to be exercised are not expressed upon the face of the instrument, the case cannot be distinguished in principle from that of an agent who receives secret instructions qualifying or restricting an apparently absolute power."⁽⁵⁶⁾

(53) Vgl. auch Powell S.72,73,75; Halsbury 13 Art.556 ff. (Art.562 Anm. k); vgl. auch Beven S.1481.

(54) Vgl. dazu allgemein Mechem §§ 114 ff.

(55) 46 N.Y.325, 7 Am.Rep.341 (1871).

(56) Ähnlich RGZ 81, 257 ff. (1913).

In der Entscheidung Powers v. Pacific Diesel Engine Co.⁽⁵⁷⁾ sprach der kalifornische Court of Appeal aus, daß es nicht darauf ankomme, ob der Berechtigte das Blankett einem anderen mit authority zur Abtretung überlassen habe, sondern allein darauf, ob er es dem anderen anvertraut habe; der Berechtigte könne sich also nur dann auf den Mangel der authority des "agent" berufen, wenn das Blankett ihm gestohlen worden sei.

Mit der Frage, ob der Prinzipal nicht dann "estopped" sei, sich auf den Mangel der authority des agent zu berufen, wenn er den Diebstahl durch negligence ermöglicht hat, befaßt sich die Entscheidung Swan v. North British Australasian Co.⁽⁵⁸⁾ Die beklagte Gesellschaft hatte dem agent A Abtretungsblankette ausgehändigt mit dem Auftrage, bestimmte Aktien anderer Gesellschaft abzutreten. A verschaffte sich heimlich einen Schlüssel zum Safe der Beklagten, entwendete Aktien der beklagten Gesellschaft, trug die Nummern der entwendeten Aktien in die Blankette ein und trat die Aktien ab. Die Beklagte war nicht damit ausgeschlossen, sich auf den Mangel der authority des agent zu berufen. Lord Blackburn verneinte eine Pflicht des Beklagten zur Sorgfalt gegenüber dem Kläger und führte aus, "...that it must be the neglect of some duty that is owing to the person led into that belief or, what comes to the same thing, to the general public of whom the person is one, and not merely neglect of what would be prudent in respect to the party himself or even of some duty owing to third persons, with whom those seeking to set up the estoppel are not privy..." Die

(57) 206 Cal.334, 73 A.L.R. 1398 (1929). Zwei Unbekannte gaben sich der Klägerin als agents der Gesellschaft aus, an der die Klägerin als Aktionärin beteiligt war, und ließen sich ihre "share certificates" - mit Blankoindossementen versehen - geben, wobei sie vorgaben, die certificates dienten als Sicherheit für weitere Aktien, die sie demnächst erhalten werde. Sie traten die certificates dann an den gutgläubigen Beklagten ab. Die Klägerin war "estopped", sich auf den Mangel der authority zu berufen.

(58) (1863), 2 H. & C. 175.

"Pflicht" zur sorgfältigen Aufbewahrung des Safe-Schlüssels war eine Pflicht des Beklagten "gegen sich selbst", jedoch keine Pflicht, die im Zusammenhang mit dem vom agent abgeschlossenen Rechtsgeschäft ("in the transaction itself") stand.⁽⁵⁹⁾

Hier taucht die Frage auf, unter welchen Voraussetzungen der Prinzipal verpflichtet wird, wenn der agent ein Blankett des Prinzipals ohne jede authority oder über die erteilte authority hinaus **a u s f ü l l t** und in den Verkehr gibt.

Hier ist zwischen "negotiable instruments" und sonstigen Urkunden zu unterscheiden. Ein "negotiable instrument" ist ein Wertpapier im engeren Sinne, d.h. ein Wertpapier mit öffentlichem Glauben.⁽⁶⁰⁾ Handelt es sich um ein negotiable instrument, so ist der Schuldner gegenüber dem "holder in due course" schlechthin "estopped" einzuwenden, der agent habe das Blanko-Akzept authoritywidrig ausgefüllt: "The object of the law merchant... is to secure their circulation as money; therefore honest acquisition confers title. To this despotic but necessa-

(59) Vgl. auch Riezler S. 99. So dient die Registrierung von Hypotheken dem Schutz des Inhabers gegen Betrug. Unterläßt er die Registrierung, so "verstößt" er nur gegen eine "Pflicht gegen sich selbst". Die Unterlassung ist daher keine Verletzung einer Sorgfaltspflicht gegenüber dem Schuldner, Cuthburt v. McAller (1915), 34 N.Z.L.R.942 (N.Z.); - "privy" bedeutet soviel wie "rechtlich mitinteressiert" wie z.B. im Verhältnis zwischen Konkursverwalter und Gemeinschaftsschuldner, vgl. Riezler S. 77 f.

(60) Außer den bills of exchange (Wechseln) sind negotiable instruments: Inhaber- und Orderschuldverschreibungen, Exchequer bills des Staates (vgl. Exchequer Bills and Bonds Act von 1866), neugefaßt durch Treasury Bills Act von 1877), Banknoten, Bonds inländischer Unternehmen, Auslandsbonds, auf den Inhaber lautende Bezugsberechtigungsscheine auf (Namens-)Aktien (scrip certificates to bearer for shares) u.a.; bills of lading (Konnossemente und Ladescheine) und warehouse receipts (Lagerscheine) sind - außer in einigen Staaten der USA - keine negotiable instruments, wenn sie ihnen auch in mancher Hinsicht gleichen; vgl. im einzelnen Halsbury 3 Art. 823 ff., Art. 1013 ff., 31 Art. 888; Beven S.1478; Bouvier 2 S. 2328, Riezler S. 106.

ry principle the rules of common law are to bend. The misapplication of a genuine signature.. (which transaction being a forgery would in ordinary cases convey no title) may give a good title to any sum fraudulently inscribed within the limits of the stamp, and in America, where there are no stamp laws, to any sum whatever... the instrument may be lost by the maker without his negligence, or stolen from him, still he must pay."⁽⁶¹⁾

Diese Regelung wurde später durch Art. 20 Abs. 2 S.3 des Bills of Exchange Act von 1862 kodifiziert.⁽⁶²⁾ Danach ist ein Blankoakzept (nach Art. 20 Abs.1 "a simple signature on a blank stamped paper"), das nach der Vervollständigung an einen "holder in due course" weitergegeben wird, gültig; letzterer kann es geltend machen (enforce), als wäre es im Rahmen der authority ausgefüllt worden.

Die - wenn auch authority-widrige - Vervollständigung macht das Akzept zum negotiable instrument.⁽⁶³⁾ Den weitgehenden Schutz des Art. 20 genießt jedoch nur der "holder in due course". Zunächst war streitig, ob auch der Remittent (payee) unter diesen Begriff fiel. Die Entscheidung Jones (R.E.), Ltd. v. Waring & Gollow aus dem Jahre 1926⁽⁶⁴⁾ entschied diese Frage dann dahin, daß "holder in due course" nicht auch der Remittent, sondern nur der Nacherwerber (der Indossatar) sei. In dieser einschränkenden Bedeutung ist ohne Zweifel auch der Grundsatz von Judge Byles⁽⁶¹⁾ aufzufassen.

(61) Judge Byles im Falle Swan (s.o.Anm.58); Beven S.1490, Powell S. 77 f.

(62) Der Bills of Exchange Act betrifft Wechsel einschließlich der Eigenwechsel (promissory notes) und Schecks. (Letzterer unterscheidet sich von gewöhnlichem bill of exchange dadurch, daß er auf eine Bank gezogen sein muß und wie im deutschen Recht sofort fällig ist, also keine Kreditfunktion hat). Das Gesetz stellt im wesentlichen die Kodifizierung der wechsel- und scheckrechtlichen Grundsätze des "law merchant", d.h. der richterlich sanktionierten Handelsbräuche dar. Das law merchant ist jetzt Bestandteil des common law (Halsbury 2 Art. 823 ff.; vgl. auch unter S.101). In Amerika sind die wechsel- und scheckrechtlichen Bestimmungen Teil des Uniform Negotiable Instruments Act, der in allen Staaten außer Georgia, Kalifornien, Maine und Mississippi gilt.

(63) Powell S. 78.

(64) A.C. 670.

Der Prinzipal kann jedoch unter besonderen Voraussetzungen auch dann "estopped" sein, wenn der Geschäftsgegner des agent Remittent, also nicht "holder in due course" ist, oder wenn es sich überhaupt nicht um ein negotiable instrument handelt. Hat der agent eine blanko unterzeichnete Urkunde unerlaubt ausgefüllt, so ist der Prinzipal dem Remittenten gegenüber "estopped", sich auf den Mangel der authority des agent zu berufen, wenn er die unerlaubte Vervollständigung durch "negligence" ermöglicht hat.⁽⁶⁵⁾ Ob ihm negligence vorgeworfen werden kann, hängt wiederum davon ab, ob er dem Remittenten gegenüber zur Sorgfalt verpflichtet war. Hier gelten ähnliche Erwägungen wie in den oben erörterten Entscheidungen *France v. Clark*⁽⁵¹⁾ und *Fry v. Smellie*.⁽⁴⁴⁾ In *Lloyds Bank Ltd. v. Cooke*⁽⁶⁶⁾ hatte der Beklagte dem agent ein Blanko-Akzept mit dem Auftrage anvertraut, es zu einer promissory note über 250 Pfund zu vervollständigen und es der Klägerin für ein Darlehen gleicher Höhe zu geben. Der agent hatte das Blankett jedoch über 1000 Pfund ausgefüllt. Der Beklagte konnte der Klägerin nicht entgegenhalten, daß der agent seine authority überschritten hatte. Da der Beklagte dem agent authority gegeben hatte, das Blankett auszufüllen und der Klägerin zu geben, schuldete er der Klägerin eine Sorgfaltspflicht. Er hätte die Klägerin von der Beschränkung der authority in Kenntnis setzen müssen.

Darüber hinaus besteht eine Sorgfaltspflicht stets im Rahmen eines Schuldverhältnisses. In erster Linie kommt hier das Verhältnis zwischen der Bank und dem Kunden in Betracht.⁽⁶⁷⁾ Eine Sorgfaltspflicht gegenüber dem Remittenten und damit "agency by estoppel" besteht jedoch nicht, wenn der Prinzipal dem agent das Blankett nur zur

(65) Judge Byles in *Foster v. Mackinnon* (1869), L.R.4 C.P.709.

(66) (1907) 1 K.B. 794.

(67) So ist der Bankkunde verpflichtet, ein Papier so auszufüllen, daß der agent nicht die Möglichkeit hat, es durch unerlaubte Zusätze zu verfälschen, *Brown v. Bennet* (1891), 9 N.Z.L.R.487 (N.Z.); vgl. auch *London Joint Stock Bank v. Macmillan & Arthur*, (1918) A.C.777; *Repitigalla Rubber Estates v. Nat.Bank of India*, (1909) 2 K.B.1010.

Aufbewahrung anvertraut. Daher haftet der Prinzipal dem gutgläubigen Remittenten nicht, wenn der nur zur Aufbewahrung ermächtigte agent das Blankett wie im Falle Lloyds Bank v. Cooke vervollständigt und weitergibt.⁽⁶⁸⁾ Der Prinzipal haftet also nur dann, wenn der agent die ihm erteilte authority, das Blankett zu vervollständigen, hinsichtlich der Höhe des Betrages überschreitet. Hat er authority, das Blankett nicht nur der Höhe nach, sondern auch hinsichtlich des Remittenten zu vervollständigen, so haftet der Prinzipal dem gutgläubigen Remittenten nicht, wenn der agent nicht den vom Prinzipal Genannten, sondern einen Dritten als Remittenten einsetzt, um so eigene Verbindlichkeiten zu befriedigen.⁽⁶⁹⁾ Denn diesem Dritten schuldet der Prinzipal keine Sorgfaltpflicht.

Die Grundsätze des englischen Rechts über das unerlaubte Ausfüllen von Blanketten durch einen agent lassen sich wie folgt zusammenfassen:⁽⁷⁰⁾ Füllt der agent ein blanko-akzeptiertes negotiable instrument in irgendeiner Weise authority-widrig aus, so kann der Prinzipal dem gutgläubigen Indossatar (holder in due course) nicht entgegenhalten, der agent habe seine authority überschritten. In allen übrigen Fällen ist der Prinzipal nur dann "estopped", wenn er demjenigen, der sich auf das estoppel beruft, zur Sorgfalt verpflichtet war. Eine solche Sorgfaltpflicht besteht im Rahmen eines bereits existierenden Schuldverhältnisses und gegenüber dem von ihm selbst oder von seinem agent im Rahmen der authority bestimmten Remittenten. Diese "duty of care" macht es ihm zur Pflicht, dem Dritten, der auf die Ordnungsmäßigkeit der Ausfüllung vertraut, etwaige Beschränkungen der authority des agent mitzuteilen.

Das amerikanische Recht ist zu einer wesentlich einfacheren Regelung gelangt, die das Restatement of Agency in § 31 Abs. 2 wie folgt wiedergibt:

(68) Smith v. Prosser (1907) 2 K.B.735.

(69) Paine v. Bevan & Bevan (1914), 110 L.T.933; so auch Wilson & Meeson v. Pickering (1946) 1 K.B.422.

(70) Vgl. Lord Green in Wilson v. Pickering, s.o.Anm.69.

Vertraut der Prinzipal dem agent ein Blankett gleich welcher Art an (an executed document containing blanks) und vervollständigt der agent die Urkunde ohne authority, so ist der Prinzipal jedem Dritten gegenüber, der seine Rechtstellung im Vertrauen auf die äußere Ordnungsmäßigkeit der Urkunde verändert hat, nach Maßgabe der Urkunde verpflichtet.⁽⁷¹⁾

Das Restatement, das, wie oben erwähnt, auf dem Boden der "objective contract"-Theorie steht, betrachtet die in RA § 31 (2) wiedergegebene Regel nicht als Erscheinungsform der apparent authority, sondern der (agency by) -estoppel-Doktrin. Daher verlangt RA § 31 (2) eine "change of position" des vertrauenden Dritten.⁽⁷²⁾

Das trifft nach der Auffassung, die dem Restatement zugrunde liegt, überhaupt auf alle Fälle zu, in denen der Prinzipal nicht durch positives Tun den Anschein der authority hervorgerufen, sondern es lediglich fahrlässig unterlassen hat, den Dritten davon in Kenntnis zu setzen, daß der als sein agent Auftretende keine authority hat.⁽⁷³⁾ Die Formel, die das Restatement zum Erfordernis der Sorgfaltspflicht aufstellt, entspricht im wesentlichen der eben erwähnten Formel Lord Atkins.⁽⁷⁴⁾ Den rechtspoliti-

(71) Das gilt für negotiable instruments (vgl. Uniform Negotiable Instruments Act, s.o.Ann.62) ebenso wie für sonstige Urkunden, (vgl.z.B. Morris v. Packard Dallas Co., 184 Okla.277 86,P.2d 779 (1939); Ragsdale v. Robinson, 48 Tex.379 (1877), Nachweise von Entscheidungen, auf denen § 31 (2) beruht: Colorado, Georgia, Illinois, Massachusetts, Mississippi, Oklahoma, Pennsylvania und Texas Annotations zu RA (§ 31 (2)).

(72) RA 2d § 31 comment b, § 8 comment c, § 8 B. In der Rechtsprechung ist der Fall des § 31 (2) RA jedoch auch auf der Grundlage der apparent authority (im Gegensatz zur agency by estoppel) behandelt worden, vgl. Illinois Annotations zu RA § 31 (2),

(73) RA 2d § 8 comment d Abs.3.

(74) RA § 8 B comment d: "When one realizes that another is or may come under a misapprehension as to the authority of his agent... his duty to give information is a duty of due care... It is proportional to the likelihood of harm and to its extent... All that can be stated is that the action required is that which would be taken by a reasonably prudent business man, with the normal regard to the interests of others and his own reputation..."

schen Grund dafür, daß diese Fälle mit der estoppel-Theorie gelöst werden sollen, sieht das Restatement darin, daß hier die Verpflichtung des Prinzipals ganz außergewöhnlich sei; daher sei es bedenklich, den Prinzipal auch haften zu lassen, wenn der Dritte zwar das Rechtsgeschäft mit dem agent geschlossen, aber sonst in keiner Weise seine Rechtsposition zu seinem Nachteil verändert habe.⁽⁷⁵⁾

Das Restatement will noch in einem weiteren Falle die Verpflichtung des Prinzipals auf die estoppel-Doktrin gestützt wissen. Dabei handelt es sich um den Fall, daß für die authority-Erteilung die Form der gesiegelten Urkunde erforderlich ist. Apparent authority kann dann nur entstehen, wenn die manifestation des Prinzipals, die den Anscheinstatbestand darstellt, die Form der gesiegelten Urkunde hat.⁽⁷⁶⁾ Besteht die manifestation lediglich in der Mitteilung, daß die authority in dieser Form erteilt worden sei, so wird der Prinzipal nur unter den Voraussetzungen des estoppel - also wenn eine "change of position" vorliegt, verpflichtet (RA § 31 (1)).

c. Kausalzusammenhang zwischen der "manifestation" des Prinzipals und dem Vertrauen des Dritten

(a) Apparent authority und verdeckte Stellvertretung.

Das Tun oder Unterlassen des Prinzipals, das sich als manifestation in dem oben beschriebenen Sinn darstellt, muß selbstverständlich ursächlich dafür gewesen sein, daß der Dritte den als "agent" Auftretenden für vertretungsbefugt hielt.⁽⁷⁷⁾ Apparent authority kann demnach nicht bestehen, wenn es entweder an einer vom Prinzipal ausgehenden manifestation fehlt oder der "agent" im eigenen Namen, also nicht vertreterartig auftritt. Daher gibt es im Bereich der im anglo-amerika-

(75) RA § 8 comment d Abs. 3.

(76) RA § 28 comment d.

(77) Powell S.53 m.w.Nachw.; Salmond-Winfield S. 348; 2 Am.Jur.Agy. § 103 m.w.Nachw.; Seavey S.85; Mechem § 94; Ferson S.229. Zum Erfordernis der Gutgläubigkeit bei der apparent authority s.u.Teil III.

nischen Recht anerkannten verdeckten Stellvertretung (undisclosed agency) keine apparent authority.⁽⁷⁸⁾ In einzelnen Entscheidungen wurde jedoch in Fällen der verdeckten Stellvertretung apparent authority bejaht. Nach der heute herrschenden Auffassung werden Fälle dieser Art jedoch als Erscheinungsformen der "agency power" aufgefasst.⁽⁷⁹⁾

(b) "Manifestation" des agent

Eine "manifestation" des agent allein kann keine apparent authority begründen.⁽⁷⁷⁾ Fraglich ist jedoch, ob eine manifestation, die der agent mit Billigung des Prinzipals macht, als vom Prinzipal ausgehend und daher als apparent authority begründend betrachtet werden kann. Powell bejaht das anscheinend.⁽⁸⁰⁾ Ebenso wird diese Frage offenbar im Restatement bejaht; denn nach § 49 comment c liegt ein Fall der apparent authority vor, wenn der agent mit Erlaubnis des Prinzipals dem Dritten die empfangenen Anweisungen mitteilt oder wenn er seine faktische Stellung kundgibt, die der Prinzipal ihm eingeräumt hat und die nach der Verkehrssitte üblicherweise mit authority verbunden ist. In beiden Fällen vertraut der Dritte jedoch in der Regel lediglich den Angaben des agent.

Wenn man darin, daß der agent dem Dritten die Anweisungen seines Prinzipals, also die Grenzen seiner authority mitteilt, einen vom Prinzipal ausgehenden Anscheinstatbestand erblickte, so würde fast jeder Fall, in dem der agent im Rahmen seiner intern erteilten actual autho-

(78) Powell S.64 ff.

(79) Vgl. dazu im einzelnen oben S.103 ff. - Überhaupt hat die Rechtsprechung früher - das gilt vereinzelt auch noch heute - den Begriff "apparent authority" sehr großzügig angewandt, und zwar auch in Fällen, in denen nach nahezu einhelliger Ansicht im Schrifttum ein Anscheinstatbestand eindeutig nicht vorliegt; der Begriff "apparent authority" bedeutet in diesen Entscheidungen schlechthin "power to bind" (Seavey, Tent. Draft No.1 zum RA, § 8 Abs.2; RA 2d § 8 comment f. Vgl. auch unten Teil II).

(80) S.51.

rity handelte, gleichzeitig einen Fall der apparent authority darstellen.⁽⁸¹⁾ Bedeutung gewinnt die Frage dann, wenn der Prinzipal den agent anweist, über die authority Angaben zu machen, die ihren Umfang größer erscheinen lassen, als es in Wirklichkeit der Fall ist. Das trifft auf folgendes Beispiel zu:⁽⁸²⁾ Der Prinzipal erteilt dem agent authority, eine Sache für mindestens 500 Dollar zu verkaufen. Um nicht von vornherein die Möglichkeit zu verlieren, einen höheren Preis zu erzielen, weist er den agent an, dem Dritten zu sagen, die Einigung über den Preis sei ganz seinem Ermessen überlassen. Der Prinzipal hat dem agent zwar erlaubt, den Umfang der authority größer erscheinen zu lassen. Dennoch liegt kein Anscheinstatbestand vor, wenn der Dritte nur den Angaben des agent vertraut. Er hat keinerlei Grund anzunehmen, daß der agent die Angaben über den Umfang der authority mit Zustimmung des Prinzipals macht.⁽⁸³⁾ Die Bedeutung der apparent authority liegt aber gerade darin, daß der Dritte der Pflicht enthoben wird, das Bestehen der authority durch Erkundigung beim Prinzipal nachzuerufen.⁽⁸⁴⁾ Denn dadurch, daß der P r i n z i p a l den Anschein hervorgerufen hat, hat er - vom Standpunkt des Dritten gesehen - das Ergebnis der Erkundigung bereits vorweggenommen. Davon kann aber nicht die Rede sein, wenn der Dritte lediglich den - wenn auch mit Zustimmung des Prinzipals abgegebenen - Erklärungen des agent vertraut. Aus Gründen, die in diesem Zusammenhange nicht zu erörtern sind, ist dieser Fall auf der Grundlage der sogenannten "agency power", nicht aber auf der Grundlage des Rechtsscheins zu lösen.⁽⁸⁵⁾

(81) Das ist folgerichtig die Auffassung des Restatements. Nach § 272d comment c soll, wenn der agent den Umfang seiner authority dem Dritten kundgibt, stets apparent authority entstehen.

(82) vgl. RA § 160 Beispiel 1; vgl. auch Mechem § 99.

(83) Tiffany S.41 f und S.52 sieht in diesem Fall daher keine apparent authority; vgl. auch Mechem § 99.

(84) Hansche v. Conroy, Inc., 222 Wis.553, 269 N.w.309 (1936); vgl. auch Palandt-Danckelmann § 173 Anm.4, Fikentscher S.2 und BGH Wm 58 II, 1390 zur Anscheinsvollmacht.

(85) vgl. dazu S.89 ff. und 108 ff.

(c) Apparent authority auf Grund öffentlicher
Bekanntmachung

So wie nach § 171 Abs. 1 BGB der Dritte sich auf die öffentliche Bekanntmachung einer internen Bevollmächtigung auch dann berufen kann, wenn die Kundgabe für sein rechtsgeschäftliches Handeln nicht ursächlich war,⁽⁸⁶⁾ so nahmen im anglo-amerikanischen Recht frühere Entscheidungen apparent authority auch dann an, wenn die manifestation des Prinzipals schlechthin in einem "holding out to the world" bestand.⁽⁸⁷⁾ Die heute herrschende Meinung bejaht in Fällen des "holding out to the world" dagegen apparent authority nur dann, wenn auch ein "holding out" gegenüber dem konkreten Geschäftsgegner des agent vorlag, d.h. wenn dieser von der öffentlichen Kundgabe unmittelbar oder mittelbar Kenntnis erlangt hat.⁽⁸⁸⁾ Die jetzt herrschende Auffassung ist also eine strikte Konsequenz des Vertrauensprinzips.

Soweit in Fällen des "holding out to the world" der agent jedoch "general agent" war - das dürfte in der Regel anzunehmen sein -, hat der agent nach heutiger Auffassung eine "general power", den Prinzipal ohne Rücksicht auf den Umfang der wirklichen authority durch solche Rechtsgeschäfte zu verpflichten, die ein general agent der in Betracht kommenden Art nach der Verkehrssitte gewöhnlich abzuschließen befugt ist. In diesem Falle beruht die Verpflichtung des Prinzipals aber nicht auf dem Gedanken des Rechtsscheins durch öffentliche Bekanntmachung, sondern auf der "agency power" des general agent.⁽⁸⁹⁾

(86) s.u.S. 74.

(87) s.u.S. 95 zu Smith v. M'Guire (1858), 3 H.& N. 554, Auf die Übereinstimmung der Doktrin des "holding out to the world" und der deutschen Regelung in § 171 Abs. 1 BGB weist Seavey (S.86 Anm. 5) hin.

(88) vgl. RA § 8 comment b; Seavey S.188. Zu Smith v. M'Guire vgl. Powell S.64.

(89) RA §§ 140, 161; Seavey a.a.O. Zur "agency power" des general agent im einzelnen s.u.S. 94 ff.

(d) Begrenzung der Haftung des Prinzipals mit dem "remoteness"-Prinzip

Die manifestation des Prinzipals gegenüber dem Dritten muß also ursächlich dafür gewesen sein, daß der Dritte den agent für vertretungsbefugt hielt. Hier ist jedoch eine Einschränkung zu machen: Eine negligent misrepresentation begründet nur dann apparent authority, wenn die Verletzung der Sorgfaltspflicht die nahe (oder naheliegende) Ursache des Vertrauens des Dritten ist: "...if one has led others into the belief of a certain state of facts, by conduct or culpable neglect..., he shall not be heard afterwards... to show that state of affairs did not exist'. This is very nearly right, but in my opinion not quite, as he (der Vorderrichter) omits to qualify it by saying that the neglect must be in the transaction itself, and be the proximate cause of the leading the party into that mistake..."(90)

(90) Judge Blackburn im Falle Swan (s.o.Anm.58); so auch Judge Williams in Hall v. Westend Advance Co.Ltd. (1883), 1 Cal.& El.161,: "Where the estoppel is sought to be rested on negligence, two things must be established in order to create the estoppel; first, the act of neglect must be the neglect of some duty owing to the party to be estopped to the aggrieved person; and, secondly, this neglect must be the real and proximate cause of the aggrieved person being deceived"; so auch Vagliano Bros. v. Bank of England (1889), 23 Q.B.D.243; Carlisle & Cumberland Banking Co. v. Bragg (1911) 1 K.B.489; Martin v. Nat. Union Fire Ins.Co.(1923), 4 D.L.R.574 (Can.); Staple of England v. Bank of England (1887), 21 Q.B.D.160; Caledonian Gold-Mining Co. v. Manners (1872), 2 C.A. 174 (N.Z.); Standard Bank of S.Afr. v. Kaplan (1922), C.T.D.214 (S.Afr.); Fort Worth & D.C.Ry.Co. v. Amason, Tex., 276 S.W.162; Dunn v. Central State Hospital, 197 Ky. 807, 245 S.W.216; zum Kausalzusammenhang zwischen negligence und Schaden vgl. auch den viel diskutierten amerikanischen Fall Palsgraf v. Long Island Rlrd.Co. 222 Am.Dec.166 (1927), 248 N.Y.339 (1928), und die Stellungnahmen dazu von Prosser, Kausalzusammenhang u. Fahrlässigkeit, (dtsh.von Griesse), und Street S.146. Street weist darauf hin, daß die beiden selbständigen Elemente "duty of care" und "proximate causation" in vielen Entscheidungen, so auch im Falle Palsgraf, nicht auseinandergehalten würden.

Ein Kausalzusammenhang besteht also- negativ ausgedrückt - dann nicht, wenn die negligence nur entfernte Ursache ("remote cause") des Vertrauens des Dritten war. Wie das Merkmal "duty of care" entstammt das Merkmal "proximate (bzw. remote) cause" dem Recht der unerlaubten Handlungen. Die remoteness-Theorie kann mit der Adäquanz-Theorie verglichen werden; doch ist die Begrenzung des Kausalzusammenhanges in noch größerem Maße Sache der rein persönlichen Betrachtungsweise und des "Gefühls" des jeweiligen Richters. Diese Unsicherheit hat ihren Grund einmal darin, daß die Rechtsprechung zum remoteness-Prinzip unterschiedliche Begriffe und Formeln aufgestellt hat, und zum anderen darin, daß diese Begriffe und Formeln praktisch wenig brauchbar sind, weil sie dem Richter einen noch weiteren Spielraum geben, als die der Adäquanz-Theorie zugrundeliegende Formel "außerhalb aller Wahrscheinlichkeit", und weil einige der Begriffe offensichtlich nicht in der Bedeutung gebraucht werden, die ihnen eigentlich zukommt.⁽⁹¹⁾ Dementsprechend sind auch die Ergebnisse

-
- (91) So wird in vielen Entscheidungen der Begriff "proximate cause" mit "natural cause" (so z.B. in *Cabana v. Bank of Montreal* (1919), 3 W.W.R.969, CAN.) oder "direct", "immediate" oder "most immediate cause" (so z.B. in *Bank of Ireland v. Evans' Charities Trustees* (1855), 5 H.L.Cas. 389; *Island Express v. Frederick, Del.*, 171 A.181) gleichgesetzt, und "remote cause" wird mit "mediate cause" gleichgesetzt (so z.B. in *Newsome v. Louisville & N.R.Co.*, 20 Ala.App. 349), womit aber keineswegs gemeint ist, daß nur der unmittelbare Kausalzusammenhang im eigentlichen Sinn des Wortes in Betracht käme. Die oft zitierte Definition in den *Maximen Bacons* gebraucht ebenfalls den Begriff "immediate". Andere Formeln stellen auf die Wahrscheinlichkeit (z.B. *Armour v. Golkowska*, 202 Ill.144, 66 N.E.1037; *Dunn v. Central State Hospital*, s.o.Anm.90, wonach die "average experience of mankind" maßgebend ist) oder auf die Zwangsläufigkeit des Zusammenhangs ab (z.B. *Hoey v. Metropolitan State Ry. Co.*, 74 N.Y.S. 1113, 7 App.Div. 60 m.w.Nachw.; "The remote cause being given, the effect may or may not follow. It differs from a proximate cause, which is one in which is involved the idea of necessity. It is one the connection between which and the effect is plain and intelligible... A proximate cause being given the effect must follow...") Daneben kommt auch der Begriff "adequate" vor (so z.B. in *Gilson v. Canal Co.*, 36 Am.St.Rep. 807). Schließlich wird sogar darauf abgestellt, ob der Erfolg

in Fällen der apparent authority nicht selten recht eigenartig. So war einerseits im Falle *Bank of Ireland v. Evans' Charities Trustees*⁽⁹¹⁾ die Beklagte nicht "estopped", sich auf die mangelnde authority eines Angestellten zu berufen, der mit Hilfe eines Siegels, das er mit ihrer Erlaubnis verwaltete, mißbräuchlich Vollmachtsurkunden auf sich selbst anfertigte und für ein Rechtsgeschäft verwendete. Das House of Lords war der Auffassung, eine etwaige negligence der Beklagten hinsichtlich der Verwahrung des Siegels sei rechtlich unerheblich, da sie doch nur eine entfernte (remote) und daher unbeachtliche Ursache des Rechtsgeschäftes gewesen sein würde.⁽⁹²⁾ Andererseits wurde die Haftung des Prinzipals in Fällen bejaht, in denen es bei verständiger Würdigung nicht nur zweifelhaft erscheint, daß die negligence des Prinzipals die "proximate cause" des Anscheinstatbestands war, sondern auch, daß der Prinzipal das Tun des "agent" überhaupt verhindern konnte. So wurde der Schuldner als befreit angesehen, der an einen Fremden gezahlt hatte, der sich im Büro des Gläubigers aufhielt, in Wirklichkeit aber in keinerlei Beschäftigungsverhältnis zum Kläger stand. Zur Begründung wurde ausgeführt, der Beklagte habe annehmen können, daß der Kläger wisse, was in seinen Geschäftsräumen vor sich gehe.⁽⁹³⁾ Im Falle *Galbraith & Grant Ltd. v. Block*⁽⁹⁴⁾

hätte vorausgesehen werden müssen (so in *Ewing v. R. Co.*, 30 Am.St.Rep.709; *McDonald v. Snelling*, 92 Am.Dec. 768). - Alle diese Entscheidungen machen den Hinweis des Restatement verständlich (RA 2d § 8 comment f), daß die Gerichte das Merkmal "proximate cause" in Wirklichkeit nur als ein Hilfsmittel verwenden, um allgemeinen Billigkeitserwägungen Geltung zu verschaffen.

(92) So auch der Court of Appeal in *Staple of England v. Bank of England* (s.o.Anm.90) bei im wesentlichen gleichem Sachverhalt.

(93) *Powell S.46 m.* Hinweis auf *Barrett v. Deere* (1828), *Mood & M.200*. Hinweise auf ähnliche amerikanische Entscheidungen bei *Williston S.216 Anm.4*; Danach haftet der Hotelier, wenn ein nicht zu seinem Personal gehörender Dieb von Hotelgästen Wertgegenstände entgegennimmt; *S.217* mit Hinweis auf *Regal Shop Co.v. Legum Distributing Co.*, 206 Md. 267, 50 A.L.R.2d 323; Der Beklagte haftete, da der Kläger zu liefernde Fernsehempfänger jemandem übergeben hatte, der die Tür des Lagerhauses des Beklagten von innen geöffnet und die Geräte abgeladen und auf die Rampe gestellt hatte.

(94) (1922) 2 K.B.155.

beliefernten die Kläger den Beklagten mit Wein. Die Tür seines Hauses wurde von einem Fremden geöffnet, der unberechtigt eingedrungen war und sich als zum Hausnalt des Beklagten gehörend ausgegeben hatte. Der Beklagte wurde zur Zahlung des Preises verurteilt, da der Lieferant den Wein jemandem übergeben habe, der apparent authority zum Empfang gehabt habe.

4. A b s c h n i t t

DIE BEENDIGUNG DER APPARENT AUTHORITY

Der Prinzipal kann die apparent authority dadurch beseitigen, daß er sie "widerruft". Durch den "Widerruf" setzt er den Dritten davon in Kenntnis, daß der agent keine authority hat. Dadurch wird das Vertrauen des Dritten, also sein guter Glaube beseitigt, der die Grundlage der apparent authority ist. Die apparent authority hört selbstverständlich auch dann zu bestehen auf, wenn der gute Glaube des Dritten ohne Zutun des Prinzipals wegfällt. (95)

5. A b s c h n i t t

DIE FÄLLE DER APPARENT AUTHORITY NACH DEUTSCHEM RECHT

1. Apparent authority und Außenvollmacht

Jede manifestation des Prinzipals, die unter den oben erörterten Voraussetzungen den Anschein erweckt, der Prinzipal habe dem agent authority erteilt, begründet apparent authority. Seavey setzt die auf der apparent authority beruhende power der Außenvollmacht nach § 167 Abs. 1 BGB gleich; diese komme wie die apparent authority durch "declaration" des Prinzipals gegenüber dem Dritten zustande. (1) Er geht offenbar als selbstverständlich davon aus, daß "Erklärung" im Sinne von § 167 BGB dasselbe

(95) Vgl. RA §§ 125 ff. Zum Erfordernis der Gutgläubigkeit des Dritten im einzelnen s.u. TEIL III.

(1) S.84 Anm.46. "Vollmacht" übersetzt er mit "power of agency".

bedeutet, wie "manifestation" im Sinne von § 7 des Restatements. Das ist angesichts der Selbstverständlichkeit, mit der man in Amerika den "objective test" bei der Willenserklärung anwendet, nicht überraschend.⁽²⁾

Die Außenvollmacht wird durch eine Willenserklärung erteilt. Der Prinzipal muß daher neben dem Handlungswillen auch den Geschäftswillen haben; der äußere Anschein einer Willenserklärung genügt nicht.⁽³⁾ Daher können nur diejenigen Fälle der apparent authority der Außenvollmacht gleichgesetzt werden, in denen die "manifestation" eine Willenserklärung im Sinne der im deutschen Recht herrschenden Auffassung ist. Wie nachfolgend im einzelnen zu erörtern sein wird, umfaßt die apparent authority sowohl die ausdrücklich oder stillschweigend erteilte Vollmacht (einschließlich der "Duldungsvollmacht") als auch die Scheinvollmacht.⁽⁴⁾ Die Verpflichtung des Prinzipals durch Rechtsgeschäfte, die der agent zwar innerhalb der apparent authority, aber außerhalb seiner (wirklichen) authority abschließt, wird im deutschen Recht entweder mit dem Grundsatz der Abstraktheit der Vollmacht oder mit den Grundsätzen über die Anscheinsvollmacht erreicht.⁽⁵⁾

2. Apparent authority und Anscheinsvollmacht

(1) Der Begriff der Anscheinsvollmacht - Anscheinsvollmacht und Duldungsvollmacht

Die Grundsätze über die Anscheinsvollmacht lassen sich am zweckmäßigsten an Hand eines geschichtlichen Rückblicks entwickeln.

Während im anglo-amerikanischen Rechtskreis der Be-

(2) Vgl. Mechem § 89: "This idea is fundamental in our law, presumably it is fundamental in any law that purports to maintain some rapport with justice..."

(3) Vgl. Becker S.212.

(4) Müller-Freienfels (S.78 Anm.56a) meint zu unrecht, daß "apparent authority" "Außenvollmacht" bedeute und "ostensible authority" dagegen "Scheinvollmacht".- Zur Identität der Begriffe apparent und ostensible authority s.o.S.15 Anm.14 u.15 u. S.24/25.

(5) Zum Mißbrauch der Außenvollmacht s.u.S.132 ff.; zum Mißbrauch der Innenvollmacht s.u.S. 118 ff.

griff der "Schein"- (apparent)-authority mindestens schon im 17. Jahrhundert - wenn nicht früher - auftauchte,⁽⁶⁾ befaßte sich die Rechtsprechung in Deutschland, soweit ersichtlich, erstmalig im 19. Jahrhundert mit der "Scheinvollmacht".⁽⁷⁾ Dabei wurde die Problematik zunächst unter dem Blickwinkel der "stillschweigenden Bevollmächtigung", also der rechtsgeschäftlich erteilten Vollmacht, gesehen, obwohl in Wirklichkeit eine Willenserklärung nicht vorlag.⁽⁸⁾ An dieser Betrachtungsweise änderte sich zunächst auch dann nichts, nachdem das HGB in § 56 und das BGB in den §§ 170 ff., 370 den Gedanken der Scheinvollmacht - allerdings noch in der Form der unwiderlegbaren Vermutung - aufgenommen hatte.⁽⁹⁾ Der Gedanke, daß die Vertretungsmacht nicht auf rechtsgeschäftlicher Erteilung, sondern auf einem Anscheinstatbestand beruht, erscheint erstmalig in der grundlegenden Entscheidung RGZ 65,295 (1907). Danach muß die Frage, "ob ein Kaufmann einem seiner Angestellten Vollmacht erteilt hat, und der Umfang der Vollmacht nach dem in die äußere Erscheinung getretenen Verhalten des Kaufmanns beurteilt werden." Das Reichsgericht stützte

-
- (6) Bevor der Begriff "agency by estoppel" geprägt wurde (Anfang des 18. Jahrhunderts), gab es die von der estoppel-Doktrin unabhängige "apparent authority", Powell (S.61) m.Hinw. auf Cook (15 Harv.L.Rev.324), der sie bis in die Zeit der Year Books (die ersten Law reports, vom 11.Jahrh. an) zurückverfolgte.
- (7) Immerhin kannte das PrALR bereits in begrenztem Umfange die Haftung des Prinzipals für den durch die Vollmachtsurkunde hervorgerufenen Anschein uneingeschränkter Vollmacht: So bestimmte § 93 II 13 zur "geheimen" Vollmacht: "Ist eine besondere Instruktion in der Vollmacht (=Vollmachtsurkunde, vgl. § 110 I 13) nicht erwähnt oder deren Vorzeigung verboten, so ist die Sache zwischen dem Machtgeber und dem Dritten bloß nach dem Inhalte der Vollmacht zu beurtheilen." Hier handelt es sich wie in § 172 Abs.1 BGB um einen Fall der Anscheinsvollmacht und nicht, wie Bergenthal (S.40) annimmt, der Abstraktheit der Vollmacht. Ebenso handelt es sich beim "Blanquet" nach § 113 I 13 PrALR (eine Vollmachtsurkunde, die das abzuschließende Geschäft nicht erwähnt) um "Scheinvollmacht" (so auch Bergenthal S.31 ff.)
- (8) Fikentscher S.2; Cassel S.9; Ernst S.4 ff.; vgl.ROHG 9,104; 10,142; 11,32; 13,211; RGZ 1, 9.
- (9) Fikentscher S.3, Lehmann S.299.

sich dabei jedoch nicht auf eine an sich mögliche Analogie zu den erwähnten Vorschriften des HGB und BGB, sondern auf die Rechtsprechung zur "stillschweigenden Bevollmächtigung".⁽¹⁰⁾ In der Entscheidung JW 1927 S. 1089 dehnte das Reichsgericht die Grundsätze über die Anscheinsvollmacht erstmalig auf den nichtkaufmännischen Geschäftsverkehr aus.⁽¹¹⁾

Im Anschluß an diese Entscheidung umriß das Reichsgericht exakt die Voraussetzungen, unter denen der Prinzipal unter dem Gesichtspunkt der Anscheinsvollmacht verpflichtet wird.⁽¹²⁾ Danach wird Anscheinsvollmacht durch ein Verhalten des Prinzipals begründet, aus dem der Verkehr schließen darf, der Prinzipal dulde das Auftreten des Vertreters und habe ihm daher Vollmacht erteilt.⁽¹³⁾ Es ist demnach ein doppelter Rückschluß aus dem Verhalten des Prinzipals erforderlich: zunächst auf die Duldung und sodann von der Duldung auf die Bevollmächtigung.⁽¹⁴⁾ Ein wirkliches, d.h. bewußtes Dulden wird also nicht verlangt, es genügt vielmehr ein Verhalten, das sich nach außen hin als Duldung darstellt. Darin liegt der Unterschied zwischen Duldungsvollmacht (stillschweigend erteilter Vollmacht) und Anscheinsvollmacht, auf den der Bundesgerichtshof in seinen Entscheidungen vom 12.2.1952 und vom 10.3.1953⁽¹⁵⁾ ausführlich

(10) vgl. Fikentscher S.4.

(11) So auch BGH L.M.Nr.1 zu § 1357 BGB. Das anglo-amerikanische Recht kennt den Unterschied zwischen Handelsrecht und gemeinem Recht nicht mehr (s.u.S.101). Die Grundsätze der apparent authority gelten allgemein.

(12) RGZ 117, 164.

(13) vgl. die Definition in 2 Am.Jur.Agy. § 102 (s.o.S.42 Anm.16).

(14) Fikentscher S.7 mit Hinw. auf Schmidt-Rimpler, Anm. zu RG JW 27, 1249.

(15) BGHZ 5, 111 (116) bzw. BGH MDR 53, 345. So auch die späteren Entscheidungen BGH BB 56, 126; 57, 730; 57, 837; WM 58 I, 403; WM 58 II, 1390.

eingeht.

A n s c h e i n s v o l l m a c h t liegt vor, wenn ein angeblicher Vertreter für jemanden auftritt, der das Verhalten des Vertreters zwar nicht kennt, aber bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte kennen und verhindern können, und der Geschäftsgegner das Verhalten des Vertreters nach Treu und Glauben dahin auffassen darf, daß es dem Prinzipal bei verkehrsmäßiger Sorgfalt nicht habe verborgen bleiben können und dieser es also dulde.

D u l d u n g s v o l l m a c h t (stillschweigend erteilte Vollmacht) liegt dagegen vor, wenn der Prinzipal das Verhalten des Vertreters kennt und duldet und diese Duldung vom Geschäftsgegner nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte dahin gedeutet werden kann, daß der Vertreter vom Prinzipal Vollmacht erhalten hat.

Im Gegensatz zur Anscheinsvollmacht, für die der äußere Schein der Duldung genügt, verlangt die Duldungsvollmacht also die wirkliche Duldung, die einen Willensakt des Prinzipals einschließt.⁽¹⁶⁾ Das entscheidende Merkmal der Duldungsvollmacht - das kommt in der Formulierung des BGH nicht deutlich genug zum Ausdruck - liegt darin, daß der Geschäftsgegner aus dem schlüssigen Verhalten des Prinzipals nach §§ 133, 157 BGB auf dessen gegenwärtige Zustimmung zu der Tätigkeit des Vertreters, also auf den Willen, Vollmacht zu erteilen, schließen darf.⁽¹⁷⁾ Darin liegt der Unterschied zu einer Mitteilung des Prinzipals nach § 172 Abs. 1 BGB, daß ein anderer von ihm intern Vollmacht erhalten habe; hier handelt es sich um eine Mitteilung über eine in der Vergangenheit liegende

{16} Fikentscher S. 6.

{17} vgl. Enneccerus-Nipp. § 184 II 2.

Vollmachtserteilung, die nur den Anschein erweckt, daß wirksam Vollmacht erteilt sei.⁽¹⁸⁾

Die praktischen Konsequenzen des Unterschiedes zwischen Duldungs- und Anscheinsvollmacht sind gering. Denn das im Rahmen der Anscheinsvollmacht geschlossene Rechtsgeschäft kommt zustande wie das im Rahmen der wirklichen Vollmacht geschlossene.⁽¹⁹⁾ Für den auf das Verhalten des Prinzipals vertrauenden Dritten macht es daher keinen Unterschied, ob das Verhalten als stillschweigende Bevollmächtigung oder als Vollmachtsanschein zu werten ist.

(2) Begrenzung der Haftung des Prinzipals aus der Anscheinsvollmacht

Die Rechtsprechung des BGH begrenzte die Rechts-scheinshaftung zugunsten des Prinzipals. So wird der Prinzipal nicht schlechthin aus jedem Vollmachtsanschein verpflichtet, sondern nur dann, wenn er das Tun des Vertreters erkennen und verhindern konnte.⁽²⁰⁾

Für die Frage, ob der Dritte auf den Anscheinstatbestand vertrauen und von einer Rückfrage beim Prinzipal Abstand nehmen durfte, stellte der BGH auf die Art des Geschäfts ab: Da die Scheinvollmacht anerkannt worden sei, weil das Verlangen nach schriftlicher Vollmacht oder Rückfrage beim Prinzipal die gebotene rasche Abwicklung von Geschäften erschwere, sei bei der Prüfung, ob Anscheinsvollmacht vorliege, Zurückhaltung geboten, wenn es sich um ein wichtiges, auf Jahre berechnetes Geschäft handelte, das nicht von heute auf morgen abgeschlossen werden mußte.⁽²¹⁾

(18) vgl. Enneccerus-Nipp. § 184 II 3 a.

(19) vgl. Fikentscher S. 8/9. Zu der Möglichkeit, die stillschweigende Bevollmächtigung anzufechten, vgl. Enneccerus-Nipp. § 184 II 2 und unten S. 74/75 m.w. Nachw.

(20) BGHZ 5, 111; vgl. auch Fikentscher S. 7.- Im anglo-amerikanischen Recht wird das Merkmal "Verhindern können" zwar nicht besonders hervorgehoben; es wird aber im Ergebnis von dem Erfordernis umfaßt, daß der Prinzipal für den Anscheinstatbestand verantwortlich sein muß (s.o.S.43).

(21) BGH WM 58 II, 1390. Zum Zusammenhang zwischen Nachprüfungspflicht und Anscheinvollmacht s.auch oben S.62.

Der Anschein muß sich auf den Prinzipal zurückverfolgen lassen, bloßes Handeln des Vertreters kann den Anschein der Vollmacht nicht erzeugen.⁽²²⁾ Es ist ein vertreterartiges Auftreten des angeblichen Bevollmächtigten erforderlich.⁽²³⁾ Tritt der Vertreter also in eigenem Namen auf, so wird der Prinzipal nicht verpflichtet.⁽²⁴⁾ Was nach § 164 BGB für den bevollmächtigten Vertreter gilt, muß auch für den dem Anschein nach bevollmächtigten Vertreter gelten. Ein Rechtsgeschäft des Vertreters, das den Prinzipal selbst dann nicht binden würde, wenn es im Rahmen der Vollmacht läge, kann ihn auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Anscheinsvollmacht binden. Es kommt ausschließlich darauf an, ob das Auftreten sich nach außen hin als vertreterartig darstellt. Die Scheinvollmacht dient dem Schutz des redlichen Verkehrs, der auf das äußere Verhalten des Prinzipals vertraut. Sie entsteht unabhängig vom Willen des Prinzipals. Für die Wirkung des Geschäftes gegen den Prinzipal kann es daher auch nicht auf den Willen des Scheinvertreters, für den Prinzipal zu handeln, ankommen.⁽²⁵⁾

Daß der Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des Prinzipals und dem Vertrauen des Dritten adäquat sein muß, bedarf keiner Erörterung, da im Privatrecht jeder nicht adäquate Kausalzusammenhang außer Betracht bleibt.⁽²⁶⁾ Die Frage dürfte jedoch im Rahmen des Kausalzusammenhangs bei der Scheinvollmacht kaum bedeutsam werden. Denn der Prinzipal haftet nur, wenn er das Verhalten des Vertreters kennen mußte und verhindern konnte. Diese haftungsbegrenzenden Merkmale dürften in der Regel mehr Bedingungen ausschließen als die Adäquanztheorie.

(22) BGH NJW 52, 217; BB 57, 730; BB 56, 126; Fikentscher S.9 ff.; vgl. auch Enneccerus-Nipp. § 184 II 2. So auch im anglo-amerikanischen Recht, s.o.S. 60 ff.

(23) vgl. Fikentscher S. 10.

(24) Fikentscher S. 10 f. So auch im anglo-amerikanischen Recht, s.o.S. 60.

(25) vgl. oben S.6 Anm.18.

(26) Palandt-Danckelmann, Vorbem. 5 c vor § 249 BGB.

(3) Anscheinsvollmacht auf Grund öffentlicher
Bekanntmachung

Eine Ausnahme vom strikten Vertrauensprinzip, wonach nur derjenige schutzwürdig ist, für dessen Entschliebung der Anscheinstatbestand ursächlich war, bildet der auf öffentlicher Bekanntmachung beruhende Rechtsschein (§ 171 Abs. 1 BGB). Auf ihn kann sich der gutgläubige Dritte auch dann berufen, wenn die öffentliche Kundgabe für sein rechtsgeschäftliches Handeln nicht ursächlich war.⁽²⁷⁾

(4) Beendigung der Anscheinsvollmacht

Die Anscheinsvollmacht besteht - wie im anglo-amerikanischen Recht - solange wie der Dritte gutgläubig ist.⁽²⁸⁾ Sie erlischt insbesondere, wenn der Prinzipal sie durch Mitteilung gegenüber dem Dritten - im Falle des § 171 Abs. 1 BGB durch öffentliche Kundgabe derselben Art wie diejenige, durch die der Rechtsschein begründet wurde (§ 171 Abs. 2 BGB) - "widerruft".⁽²⁹⁾ Die Außenvollmacht, also auch die Duldungsvollmacht, endet grundsätzlich mit dem Grundverhältnis (§§ 168 S.1, 169 BGB), sie bleibt jedoch darüberhinaus dem gutgläubigen Dritten gegenüber als Anscheinsvollmacht bestehen, bis diesem das Erlöschen mitgeteilt wird (§§ 170, 173 BGB).⁽³⁰⁾

Wie im anglo-amerikanischen Recht die apparent authority, so kann im deutschen Recht der Anschein der Bevollmächtigung nicht durch Anfechtung wegen Willensmangels rückwirkend beseitigt werden.⁽³¹⁾ Die (rechtsgeschäftlich

(27) BGHZ 17, 13 (18 f); s.o.S.63.

(28) Zur Gutgläubigkeit im einzelnen s.u.TEIL III.

(29) vgl. Fikentscher S.8.

(30) Die Außenvollmacht enthält also ein latentes Rechtselement, das zur Auswirkung kommt, wenn das im Vordergrund stehende rechtsgeschäftliche Element wegfällt. Das wird auch bei der Anfechtung der Vollmacht bedeutsam.(s.u., bes. Anm.32).

(31) Enneccerus-Nipp. § 184 II 3 c; Fikentscher S.4 Anm.11; Palandt-Danckelmann § 173 Anm.4; Soergel-Lindenmaier § 167 Anm.10 Regelsberger, Iherings Jahrb.58, 164 u.Kr. V.J. Schr. 47, 284; Erbach S.28 ff.; Ernst S.58 ff m.w.Nachw.; vgl. auch RG JW 1908, 655; a.A. Dietz S.85 ff.; Kraus S.37 ff. - Vereinzelt wurde in der amerikanischen Rechtsprechung die Anfechtung der apparent authority zugelassen, weil der Dritte noch nicht durch Veränderung seiner Rechtstellung

erteilte) Außenvollmacht kann zwar angefochten werden, jedoch nur vorbehaltlich des Bestehenbleibens der Wirkungen der Anscheinsvollmacht.⁽³²⁾

3. Zusammenfassung

Die Fälle der apparent authority stellen sich nach deutschem Recht entweder als Fälle der durch ausdrückliche oder stillschweigende Willenserklärung gegenüber dem Dritten erteilten (Außen-)Vollmacht oder als Fälle der Anscheinsvollmacht dar. Das hat seinen Grund darin, daß das anglo-amerikanische Recht keinen Unterschied macht zwischen einer dem Dritten gegenüber abgegebenen Willenserklärung, durch die dem Vertreter Vollmacht erteilt werden soll, und einem tatsächlichen Verhalten des Prinzipals, das auf eine im Innenverhältnis erfolgte Bevollmächtigung hindeutet. Die öffentliche Bekanntmachung begründet nach deutschem Recht schlechthin Anscheinsvollmacht, während es im anglo-amerikanischen Recht darauf ankommt, ob die Kundgabe für das rechtsgeschäftliche Handeln des Dritten ursächlich war.⁽³³⁾

(Erfüllung) einen Nachteil erlitten hatte.(s.o.S.36). Von der ex tunc wirkenden Anfechtung zu unterscheiden ist der ex nunc wirkende "Widerruf", der den guten Glauben des Dritten und damit die Scheinvollmacht beseitigt (vgl. Fikentscher S.8).

(32) Palandt-Danckelman § 167 Anm.2. - Regelsberger (a.a.O.) führt hierzu zutreffend aus, die externe Bevollmächtigung enthalte zwei Tatbestände: einmal die - anfechtbare - Willenserklärung, zum anderen den - nicht durch Anfechtung zu beseitigenden - äußeren Schein, daß Vollmacht erteilt sei. Das Rechtsscheinelement wird ferner bedeutsam, wenn die Vollmacht erloschen ist (s.o.Anm.30). Vgl. auch Wellspacher S.93.

(33) Zu der Frage, wie sich bei der apparent authority einerseits und bei der Außenvollmacht und Scheinvollmacht andererseits die Kenntnis des Dritten von der mangelnden Befugnis des agent auf das Außenverhältnis auswirkt, s.u. TEIL III.

T E I L I I .

VERTRETUNGSMACHT (POWER) AUF GRUND DES AGENCY VERHÄLTNISSES (AGENCY POWER)

1. A b s c h n i t t

1. Allgemeines - Die Nachprüfungspflicht des Dritten

Bisher ist erörtert worden, daß der Prinzipal durch den agent verpflichtet wird, wenn das Rechtsgeschäft im Rahmen der apparent authority liegt. Damit ist jedoch die "liability of the principal for unauthorised acts of the agent" (RA § 140) noch nicht erschöpfend behandelt.

Im folgenden sind diejenigen Fallgruppen zu erörtern, in denen der Prinzipal durch pflichtwidrige Rechtsgeschäfte des agent gebunden wird, obwohl keine apparent authority vorliegt. Die meisten dieser Fälle wurden früher, vereinzelt noch in jüngster Zeit, in Rechtsprechung und Literatur meist als Erscheinungsformen der apparent authority und vereinzelt auch als Erscheinungsformen der (actual) authority behandelt.

Im Zuge der Systematisierung und Klärung der Rechtsbegriffe (z.B. "authority" und "power"), die in Amerika⁽¹⁾ intensiver betrieben wird als in England, setzte sich die Erkenntnis durch, daß der agent in diesen Fallgruppen weder authority noch apparent authority hat. Es handelt sich um Fälle der internen Vollmacht: der Prinzipal hat dem agent eine mehr oder weniger umschriebene authority erteilt; dennoch reicht, obwohl apparent authority nicht vorliegt, die "power" des agent weiter als seine "authority."

Wie bei der Behandlung der apparent authority, ist hier davon auszugehen, daß jeder, der sich mit dem agent eines anderen einläßt, sich grundsätzlich über Bestehen und Umfang der authority zu vergewissern hat. Diese "Nachprüfungspflicht" des Dritten ist jedoch ebensowenig

(1) Bedeutend ist in dieser Hinsicht der Einfluß des Restatement.

eine "Pflicht" im eigentlichen Sinne wie die "Beweis-pflicht".⁽²⁾ Prüft er nicht nach, so ist das "at his peril"⁽³⁾: "Going to the principal and verifying the authority (is) something which third parties seldom do, but which we always tell them they should have, when they have relied to their detriment on the representation of the agent as to what he is authorized to do..."⁽⁴⁾

Hier stellt sich jedoch die im folgenden zu erörtern-de Frage, ob der Dritte von diesem Risiko nicht dann be-freit ist, wenn die Nachprüfung wegen der Eigenart der dem agent erteilten authority entweder unmöglich oder doch mit solchen Schwierigkeiten verbunden ist, daß sie so gut wie unmöglich ist.

2. Der Zusammenhang zwischen der Nachprüfungspflicht des Dritten und der power des agent

(1) Beschränkungen der authority, deren Bestehen oder deren Einhaltung durch den agent der Dritte nicht oder nur unter besonderen Schwierigkeiten nachprüfen kann

a. Beschränkungen der authority durch "geheime Weisungen"

Zunächst ist der Fall zu erörtern, daß der Prinzipal dem agent geheime Weisungen (secret oder private in-structions) erteilt hat, also die authority (das "Dürfen") durch solche Weisungen eingeschränkt hat, die dem Dritten im Interesse des Prinzipals vorenthalten werden sollen.

Der Prinzipal P hat dem agent A authority erteilt, eine Sache dem Dritten T für mindestens 500 Dollar zu verkaufen. Er hat ihn gleichzeitig angewiesen, den Min-destbetrag nicht zu nennen; er will nicht von vornherein die Möglichkeit verlieren, mehr als 500 Dollar zu er-halten. P hat damit die authority auf einen Abschluß zu

(2) Daher richtiger "Beweislast", Baumbach-Lauterbach, ZPO, Anh. 1 A zu § 282. "Nachprüfungslast" wäre hier also vorzuziehen; vgl. auch Hupka S. 227.

(3) St.Rspr., vgl. Commonwealth Tel.Co. v. Paley, 203 Wis. 447, 233 N.W.619; Barrett v. McHattie, 102. Mont.473, 59 P. 2d 794, m.w.Nachw.; An.Jur.Agy. §§ 96 ff.; Bowstead Art. 37,

(4) Mechem § 108.

500 Dollar und darüber begrenzt. Dennoch ist das Geschäft, wenn A authority-widrig zu nur 450 Dollar abschließt, zustandegekommen. Es ist gleichgültig, ob T überhaupt den Versuch unternommen hatte, sich bei P nach dem Umfang der authority zu erkundigen. P kann T die Beschränkung der authority nicht entgegenhalten: Da eine etwaige Erkundigung bei P die Beschränkung ohnehin nicht offenbart haben würde, war T zur Nachprüfung nicht verpflichtet.⁽⁵⁾

Die Nachprüfungspflicht erstreckt sich also nicht auch auf solche Beschränkungen der authority, die dem Dritten nach dem Willen des Prinzipals vorenthalten werden sollten. "No man is at liberty to send an agent into market ... with secret instructions ... which are not to be communicated to those with whom he is to deal, and then, when his agent has deviated from those instructions, to say that he was a special agent, that the instructions were limitations on his authority⁽⁶⁾ and that those with whom he dealt ... acted at their peril, because they were bound to inquire, where inquiry would have been fruitless, and to ascertain that of which they were not to have knowledge..."⁽⁷⁾

Um secret instructions im Sinne von § 160 RA handelt es sich also nur dann, wenn sie dem Dritten nach dem Willen des Prinzipals verschwiegen werden sollen. Das Beispiel von Seavey⁽⁸⁾ - P beauftragt A, ein Pferd ohne die übliche Gewährleistung (warranty) zu veräußern, dabei aber das Fehlen der "authority to warrant" zu verheim-

(5) RA § 160 Beispiel 1.

(6) gemeint ist "power" i.S. der modernen Auffassung, Mechem § 98. Der agent, der gegen die secret instruction verstößt, handelt nicht im Rahmen seiner authority, Mechem a.a.O. Das Restatement behandelt den Fall der secret instruction (§ 160) zwar auch in dem Abschnitt "liability for unauthorized acts". Es erwähnt § 160 jedoch nicht im Zusammenhang mit der "agency power" nach § 140 (c). Daraus könnte man schließen, daß es § 160 als Fall der apparent authority ansieht.

(7) Hatch v. Taylor, 10 N.H. 538 (1840); vgl. auch Seavey S.94; Mechem § 99; Tiffany S.42, 52.

(8) S.85.

lichen - wird von Mechem⁽⁹⁾ zutreffend als wirklichkeitsfremd bezeichnet; es sei kaum einzusehen, warum der Prinzipal diese Weisung "geheim" erteilen sollte.

Der Anwendungsbereich des § 160 RA ist mithin recht eng. Zwar wird der Begriff der "secret instruction" sehr häufig verwendet. Dabei handelt es sich jedoch meist nur um solche Weisungen, die der agent dem Dritten durchaus mitteilen s o l l t e , die agent und Prinzipal aber nicht mitgeteilt h a b e n . Sie sind dem Dritten gegenüber nicht wirksam, wenn für ihn die "apparent authority" des agent oder der "general scope of the business" des g e n e r a l agent allein maßgebend war.⁽¹⁰⁾ Die in § 160 RA wiedergegebene common-law-Regel betrifft indes nur solche Weisungen, deren Offenbarung dem agent u n t e r s a g t war. Darauf wird in einigen Annotations zum Restatement ausdrücklich hingewiesen.⁽¹¹⁾

Entscheidend ist also, daß der Prinzipal, um dem Dritten keinen Einblick in seine geschäftlichen Erwägungen zu gestatten, dem agent die Geheimhaltung auferlegt. Solche "secret instructions" wurden beispielsweise in einer chiffrierten⁽¹²⁾ sowie in einer in Latein abgefaßten⁽¹³⁾ Anweisung gesehen.

(9) § 99; vgl. dazu wieder Seavey S. 92/93.

(10) Hinweise auf derartige Entscheidungen enthalten die Florida, Georgia, Kansas und Mississippi Annotations zu § 160 RA. Daher ist die Zahl der dort erwähnten Entscheidungen verhältnismäßig groß. - Zur Haftung des Prinzipals für authority-widrige Rechtsgeschäfte des general agent s.u. S.95 ff.

(11) Vgl. Pennsylvania, Colorado, Maryland, Texas und Illinois Annotations zu § 160 RA.

(12) Barnes, Lang & Weinberger v. S.B. Downes & Co., 2 Willson Civ.Cas.Ct.App. §§ 524,525 (1885) m.Bezugname auf Hatch v. Taylor (s.o.Anm.7).

(13) Cath. Bishop of Chicago v. Troup, 61 Ill.App. 641 (1895). In Butler v. Maples (s.u.Anm.6Q) betrachtete der Supreme Court der Ver.Staaten die Anweisungen an den g e n e r a l agent - insoweit ohne Begründung - ebenfalls als "secret instructions...not intended to be communicated", obwohl der Sachverhalt für eine solche Annahme keinen Anhalt bietet (s. u.S.97).

Dagegen kommt eine anonyme englische Entscheidung aus dem Jahre 1792/93⁽¹⁴⁾ zu dem Ergebnis, daß der zum Verkauf eines Pferdes bevollmächtigte servant, der den ihm durch "secret instruction" genannten Mindestpreis unterschritten hatte, den Prinzipal nicht habe binden können, da er nicht general agent gewesen sei. Aus dem "English and Empire Digest"⁽¹⁵⁾ ergibt sich nicht, daß außer diesem Fall jemals ein Fall zur Entscheidung stand, der mit dem oben erörterten Beispiel zu § 160 RA verglichen werden könnte.⁽¹⁶⁾

Der Prüfung, wie weit die authority 'reicht, sind demnach Grenzen gesetzt. Der Dritte kann nur mit der Kenntnis desjenigen authority-Umfanges belastet werden, den die den Umständen nach angemessene Nachprüfung (reasonable investigation) ergeben haben würde.⁽¹⁷⁾ Hat der Prinzipal dem agent eine Vollmachtsurkunde ausgehändigt, so beschränkt sich die Nachprüfungspflicht des Dritten auf die Angaben in der Urkunde über den Umfang der authority. Der Dritte kann nur mit der Kenntnis derjenigen Beschränkungen der authority belastet werden, die sich aus der Urkunde ergeben. Es kommt nicht darauf an, ob ihm die Urkunde vorgelegt worden ist; hätte er sie sich vorlegen lassen, so würde er von der Beschränkung der autho-

(14) angeführt in 15 East. 4J7; 1 Dig. 375 No. 815.

(15) Der Digest gibt Zusammenfassungen und Auszüge aller abgedruckten englischen Entscheidungen von frühester Zeit bis jetzt.

(16) Die Entscheidungen, in denen der Prinzipal apparent authority geschaffen und dem agent "secret instructions" erteilt hatte, müssen bei dieser Erörterung ausscheiden, da - wie im Teil II ausgeführt - interne Anweisungen an den apparent agent dem gutgläubigen Dritten gegenüber auch dann nicht wirken, wenn sie nicht geheimzuhalten waren. Daher ist z.B. der Fall Trickett v. Tomlinson (1863), 13 C.B.N.S.663 - P hatte T mitgeteilt, daß er A zum Abschluß eines Vergleichs authority erteilt habe; A hatte er angewiesen, den Vergleich für nicht weniger als 100 Pfund abzuschließen, die Grenze der authority aber nicht zu nennen; A schloß zu einem geringeren Betrag ab - im Hinblick auf die Mitteilung des P an T als Fall der apparent authority behandelt worden. Er scheidet deshalb bei der Erörterung der power des intern bevollmächtigten agent aus.

(17) Pink v. Meyer, 280 N.Y.S. 13 (1936).

rity keine Kenntnis erlangt haben, so daß er sich dann auf die apparent authority berufen könnte.⁽¹⁸⁾

b. Abhängigkeit der authority von Tatsachen, über deren Vorliegen nur der agent Auskunft geben könnte

(a) Abhängigkeit von subjektiven Tatsachen, insbesondere dem redlichen Beweggrund des agent

Der Grundsatz, daß der Dritte nur mit der Kenntnis solcher Tatsachen belastet werden kann, die eine den Umständen nach angemessene Nachprüfung ergeben haben würde, gilt nicht nur im Zusammenhang mit der Frage, ob der Prinzipal die authority des agent durch geheimzuhaltende Instruktionen beschränkt hat. Er ist, wenn auch nicht einheitlich, auch für Fälle anerkannt, in denen der Dritte zwar den Umfang der authority des agent kennt oder feststellen kann, aber nicht prüfen kann, ob der agent die authority auch einhält. Diese Fälle sind dadurch gekennzeichnet, daß nur der agent darüber Auskunft geben könnte, ob sein Handeln von der authority gedeckt ist. Nachforschungen beim Prinzipal oder bei sonst noch in Betracht kommenden Personen würden zu keinem Ergebnis führen oder mit Schwierigkeiten verbunden sein, deren Überwindung dem Dritten nicht zuzumuten ist.

Das trifft in erster Linie auf den "Mißbrauchstatbestand" zu. Der agent handelt zwar äußerlich im Rahmen seiner authority. In Wirklichkeit wird er jedoch authority-widrig im eigenen Interesse tätig. Hier ist also

(18) Romer, L.J. in *Hambro v. Burnand* (1904), 2 K.B.10; vgl. unten S.82 ff; vgl. Powell S.82; anders Seavey, Tent. Draft No. 2 zum RA, comment c, Beispiel Nr.3 zu § 161 A: P bevollmächtigt A schriftlich, eine Sache zu verkaufen. Er weist ihn mündlich an, nicht an T zu verkaufen. Dennoch verkauft A an T. Dabei legt er das Schreiben des P nicht vor. P wird nicht verpflichtet. So auch § 172 Abs. 2 BGB, vgl. u.S.103 Anm. 27.

der Regelfall zu erörtern, daß der agent nur das Interesse seines Prinzipals wahrnehmen darf.⁽¹⁹⁾

In der richtungweisenden englischen Entscheidung Hambro v. Burnand⁽²⁰⁾ hatten die Beklagten als selbständige Versicherer (underwriters) dem Mitversicherer und Mitbeklagten B., einem Mitglied der Corporation of Lloyd's⁽²¹⁾ authority erteilt, in Form von Versicherungsverträgen Bürgschaften zu Gunsten solventer Unternehmen zu übernehmen. B. war persönlich an dem insolventen Unternehmen G. interessiert. Deshalb sagte er den Klägern H. in seinem Namen sowie im Namen der übrigen Versicherer zu, für die Erfüllung von Verbindlichkeiten der Firma G. einzustehen. B. war zwar im Besitze einer power of attorney. Die Kläger hatten jedoch darauf verzichtet, sie sich vorlegen zu lassen.

Der Vorderrichter gab der Klage gegen B. statt und wies die Klage gegen die übrigen Beklagten ab.⁽²²⁾ Er schloß sich der dissenting opinion in dem amerikanischen Fall North River Bank v. Aymar⁽²³⁾ an, die in der Rechtsmittelinstantz gebilligt worden war.⁽²⁴⁾ Danach, so führte der Vorderrichter aus, werde der Prinzipal nicht gebunden, wenn der agent die authority zu seinem eigenen Vorteil mißbrauche.

Der Court of Appeal hob einstimmig auf und gab auch der Klage gegen die Mitbeklagten statt. Unter Hinweis auf andere amerikanische Entscheidungen⁽²⁵⁾ führte

(19) RA § 31; vgl. auch die Virginia Annotations zu § 165 RA mit Hinweis auf Miller v. Penniman & Bro., 111 Va. 780, 67 S.E.516 (1910).

(20). (1904) 2 K.B.10.

(21) Zum Verständnis der Entscheidung sei erwähnt, daß Lloyd's kein Versicherer im eigentlichen Sinne, sondern ein Verband selbständiger Einzelversicherer ist, die das Risiko allein übernehmen.

(22) (1903). 2 K.B. 399

(23) 3 Hill (N.Y.) 262 (1842)

(24) s. Steff. Cas. S.413.

(25) bes. Pres. of Westfield Bank v. Cornen, 37 N.Y.(10 Tiff.) 320, 93 Am.Dec.573, in der die Haftung des Prinzipals für den Mißbrauch als Fall der "apparent authority" angesehen wurde. Vgl. dazu die kritische Stellungnahme von Seavey, S.195.

Collins, M.R. aus: Für die Frage, ob der Prinzipal durch den Mißbrauch verpflichtet worden sei, komme es darauf an, ob das Rechtsgeschäft durch den Wortlaut der authority gedeckt erscheine. Der Beweggrund des agent sei unmaßgeblich. Der Prinzipal hatte auch dann, wenn der agent "intended, in making the contract, to misuse for his own ends the opportunity given to him by his authority, and apply it to a purpose, which, if the principal had known of it, he would not have sanctioned, ... because the agent was so influenced by improper motives... - It would be impossible ... for the business of a mercantile community to go behind the authority of the agent..., and inquire whether his motives did or did not involve the application of the authority for his own private purposes..."⁽²⁶⁾

Handelt der agent, der nur die Interessen des Prinzipals wahrnehmen darf, im eigenen Interesse, so handelt er außerhalb seiner authority. Er mißbraucht daher nicht seine authority, wie vereinzelt angenommen wird,⁽²⁷⁾ sondern die "opportunity given to him by his authority".⁽²⁸⁾ Er mißbraucht seine power.⁽²⁹⁾

Die power, den Prinzipal durch seinen "unauthorized

(26) So auch: Willis, *Faber v. Joyce* (1911), 104 L.T.576; *Underwood v. Bank of Liverpool etc. v. Barclays Bank* (1924), 1 K.B.775; *Reckitt v. Barnett* (1929), A.C. 176 (Der Prinzipal wurde jedoch nicht verpflichtet, weil Kollusion vorlag); RA § 165; *North River Bank v. Aymer*, (s.o.Anm.23); *New York & N.H. R.Co. v. Schuyler*, 34 N.Y.30, 66 (1865); *Planters' Rice Mill Co. v. Merchants' Nat.Bank of Savannah*, 78 Ga.574, 3 S.E.327 (1887) ("An agent to tell the truth may bind his principal by telling a lie"); *Hellmann v. Potter*, 6 Cal. 13 (1856); *Wasem v. Gray*, 43 Colo.140, 95 P.557 (1908); *Vetesnik v. Maguil*, 347 Ill., 611, 180 N.E. 390 (1932); *Pink v. Meyer*, (s.o.Anm.17); *Powell S.68 f.*; *Bowstead Art.80* (S.178) der unrichtig von Mißbrauch der "actual authority" spricht; *Seavey S.94, 194.*

(27) *Powell S.69*; *Bowstead S.178.*

(28) *Collins, M.R., in Lambro v. Burnand*, s.o.Anm.18.

(29) Vgl. *Seavey S.94.*

act"⁽³⁰⁾ zu binden, hat der agent, weil der Dritte nicht prüfen kann, ob der agent in seinem Interesse oder dem des Prinzipals handelt. Dieser Aspekt des Mißbrauchstatbestands wird in Parkers' & Mechanics' Bank v. Butchers' & Drovers' Bank ⁽³¹⁾ besonders deutlich hervorgehoben: "... where the party dealing with an agent has ascertained that the act of the agent corresponds in every particular ... with the terms of the power, he may take the representation of the agent as to any extrinsic fact which rests peculiarly within the knowledge of the agent, and which cannot be ascertained by a comparison of the power with the act done under it..."⁽³²⁾

(b) Abhängigkeit von objektiven Tatsachen

Die Rechtsprechung hat den Grundsatz jedoch nur insoweit uneingeschränkt anerkannt, als es sich bei der Tatsache, die "peculiarly within the knowledge" des agent liegt, um den Beweggrund des agent, also um eine subjektive Tatsache handelt. Soweit es sich um objektive Tatsachen handelt, ist die Rechtsprechung uneinheitlich.

Im Falle Mussey v. Beecher⁽³³⁾ hatte der Beklagte seinem agent P general authority zum An- und Verkauf von Büchern und Schreibwaren erteilt und die authority unter anderem dahin eingeschränkt, daß die Gesamtsumme der Verbindlichkeiten den Betrag von 2.000 Dollar nicht überschreiten dürfe. P kaufte vom Kläger Waren, nachdem er anderen gegenüber bereits Verbindlichkeiten von über 2000 Dollar eingegangen war. P legte dem Kläger die power of attorney vor, aus der sich die Beschränkung der general authority ergab. Gleichzeitig spiegelte er dem Kläger

(30) RA § 140 (c), comment a: i.V. m. § 165.

(31) 16 N.Y. 135, 69 Am.Dec.678 (1857); so auch New York & N.H.R. Co v. Schuyler, s.Anm.26; vgl. auch Seavey S.195. RA § 165 ist demnach eine besondere Ausprägung des in § 171 (allerdings auf den general agent beschränkten) allgemeinen Grundsatzes.

(32) Das gilt für die mündliche authority-Erteilung ebenso wie für die schriftliche.

(33) 3 Cush. 511, (1849).

vor, die Grenze sei auch unter Einschluß der Kaufpreisverbindlichkeiten für die bei ihm bestellten Waren nicht erreicht.

Der Supreme Judicial Court of Massachusetts wies die Kaufpreisklage ab und führte aus, die Beschränkung der general authority sei dem Kläger bekannt gewesen. Soweit er der Versicherung des agent vertraut habe, die 2000 Dollar seien noch nicht erreicht, habe er auf eigene Gefahr gehandelt. Er könne nicht damit gehört werden, daß angesichts dieser eigenartigen Beschränkung der authority niemand sicher mit dem agent Rechtsgeschäfte abschließen könne; denn niemand sei gezwungen, mit dem agent abzuschließen. Nicht der Prinzipal, sondern der Kläger habe dem agent besonderes Vertrauen geschenkt. Deshalb gelte hier der Grundsatz, daß das Risiko, das sich aus dem unrechtmäßigen Handeln eines Dritten ergebe, derjenige zu tragen habe, der diesem Dritten Vertrauen geschenkt habe, für den Kläger und nicht für den Beklagten.

Judge Wilde ging demgegenüber in seiner dissenting opinion darauf ein, daß der Kläger zwar zur Nachprüfung verpflichtet gewesen sei, daß aber hier der Dritte keine Möglichkeit gehabt habe festzustellen, ob A die Einschränkung der authority überschritt: "But of whom was he to inquire ? He certainly had no means of knowing; and if he might not rely on the representations of the agent, the consequence would be, that no sale could safely be made under the power. But the power was given to be used for the benefit of the defendant, and if given in such form as to enable the agent to perpetrate a fraud, by obtaining credit by false representations...(the loss) should be sustained by the defendant, and not by the plaintiff, who dealt with the agent in good faith, without knowing, or having any means of knowing, that he was exceeding his authority..."

Das Restatement hat sich der dissenting opinion Wildes mit zwei Einschränkungen angeschlossen. Nach § 171 wird der Prinzipal durch das Rechtsgeschäft des agent verpflichtet, wenn die authority von objektiven Umständen abhängt, über deren Vorliegen nur der agent Auskunft ge-

ben könnte ("peculiarly within the agent's knowledge"), und wenn der Dritte den Angaben des agent, daß er im Rahmen der authority handle, vertraut.⁽³⁴⁾ Das Restatement verlangt jedoch einschränkend, daß es sich um einen general agent handelt und der Prinzipal dem Dritten gegenüber Mitteilung von der so beschränkten authority-Erteilung macht.⁽³⁵⁾

Für unauthorised acts des special agent will das Restatement den Prinzipal jedoch nur dann haften lassen, wenn der Prinzipal "specially accredits an agent to a third person"⁽³⁶⁾, d.h. wenn der Prinzipal "invites third persons to rely upon the representation of an agent as to the happening of a contingency upon which the authority... depends."⁽³⁷⁾ Der kalifornische Civil Code macht diese Einschränkung jedoch nicht. Nach § 2319 Abs.2 gilt für den special agent die weitgehende Regelung, die § 171 des Restatements nur für den general agent vorsieht.⁽³⁸⁾

Das Restatement verlangt in § 171, daß eine manifestation des Prinzipals gegenüber dem agent vorliegt. Diese manifestation soll die Grundlage dafür bieten, daß der Dritte berechtigt war, den Angaben des Prinzipals zu vertrauen. Seavey⁽³⁹⁾ meint, daß es ohne eine solche manifestation an dem Element der apparent authority, also dem Rechtsscheinsselement fehle. Andererseits sehen das

(34) Das Beispiel 1 zu § 171 entspricht im wesentlichen dem Sachverhalt in Mussey v. Beecher.

(35) Beide Voraussetzungen lagen im Falle Mussey v. Beecher vor. Die "manifestation" des Prinzipals gegenüber dem Dritten lag darin, daß der agent die power of attorney des Prinzipals dem Dritten vorlegte.

(36) RA § 171 comment a m. Hinweis auf § 128.

(37) RA § 170; vgl. Beispiel 1: P teilt T mit, daß A als sein agent handeln dürfe bis B von Europa zurückkehre; auf die Frage des T, wie er die Rückkehr des B erfahren könne, verweist P ihn an A.

(38) Vgl. California Annotations m. weit. Nachw. Auch Mechem (§ 105) hebt weder hervor, daß der Grundsatz auf den general agent beschränkt ist, noch daß eine manifestation des Prinzipals gegenüber dem Dritten vorliegen muß.

(39) S. 197 (Seavey ist Mitverfasser des Restatement of Agency).

Restatement und Seavey in der Regel des § 171 nicht eine Erscheinungsform der apparent authority, sondern der "agency power",⁽⁴⁰⁾ und zwar gerade deshalb, weil ein Anscheinstatbestand nicht vorzuliegen braucht.⁽⁴¹⁾ Außerdem stellt das Restatement in den §§ 172, 173 das Erfordernis, daß eine manifestation des Prinzipals gegenüber dem Dritten vorgelegen haben müsse, nicht auf, obwohl die §§ 172, 173 lediglich Einzelfälle der in § 171 getroffenen allgemeinen Regel sind.⁽⁴²⁾

RA § 172 betrifft den Fall, daß der general agent authority-widrig Urkunden ausstellt, die bewegliche Sachen repräsentieren. Der Prinzipal wird aus der Urkunde verpflichtet, wenn der agent eine solche Urkunde ausstellt, obwohl die Voraussetzungen, von denen die Befugnis zur Ausstellung abhängt, nicht vorliegen. Hier liegt die Besonderheit wiederum darin, daß nur der agent weiß, ob diese Voraussetzungen im Einzelfall gegeben sind.

So kann sich der Prinzipal dem gutgläubigen Inhaber eines Konnossements oder Ladescheins (bill of lading) nicht darauf berufen, daß er das Gut, dessen Empfang der agent bestätigt hat, niemals erhalten habe.

Noch im vorigen Jahrhundert wurde im gesamten anglo-amerikanischen Rechtskreis in Fällen dieser Art die Haftung des Prinzipals aus dem bill of lading verneint.⁽⁴³⁾ Zunächst wurde sie nur im Staate New York bejaht,⁽⁴⁴⁾ dann allgemein in den Vereinigten Staaten, und zwar auch in der

(40) RA § 140 (c) und comment a.

(41) Mechem §§ 107, 108; vgl. auch Tiffany S.47 ff.

(42) vgl. Illinois, Nebraska, Georgia, Colorado und California Annotations zu §§ 171 - 173 RA.

(43) Grant v. Norway (common pleas, 1851), 10 C.B. 665; "... a party taking a bill of lading, either originally, or by indorsement, for goods which have never been put on board, is bound to show some particular authority given to the master to sign it." Friedlander v. Texas & Pacific Ry.Co., 130 U.S.416, 32 L.Ed.991 (1888), vgl. dazu Gleason v. Seaboard (s.u. Anm.45), 73 L.Ed. 415).

(44) Armour v. Michigan Central Ry. Co., 65 N.Y. 111, 22 Am.Rep. 603 (1875).

Gesetzgebung.⁽⁴⁵⁾ Die Regel gilt auch für die authority-widrige Ausstellung von warehouse-receipts (Lagerscheinen).⁽⁴⁶⁾ Nach § 173 RA gilt sie auch, wenn der agent authority-widrig negotiable instruments ausgibt. Im Falle New York & N.H.R.Co. v. Schuyler⁽²⁶⁾ hatte der "stock transfer agent" der Beklagten für 30,000.- Dollars mehr Aktien ausgegeben und das dafür erhaltene Kapital unterschlagen. Die Beklagten wurden (zu Schadensersatz) verurteilt mit der Begründung, seine "authority to issue the shares rested upon facts peculiarly within the knowledge of the agent."⁽⁴⁷⁾

In England wird der in Hambro v. Burnand⁽¹⁸⁾ ausgesprochene Grundsatz nicht auf Fälle ausgedehnt, die den §§ 170-173 RA entsprechen.⁽⁴⁸⁾

-
- (45) Gleason v. Seaboard Air Line Ry.Co., 278 U.S. 349, (1929); weitere Rechtsprechungsnachweise s. Georgia, California, Illinois, Colorado, Annotations zu § 172 RA. So auch der Uniform Bill of Lading Act, der Ladescheine im innerstaatlichen Verkehr betrifft, ferner auch der Federal Bill of Lading Act, der Ladescheine im zwischenstaatlichen Verkehr im Gebiet der Vereinigten Staaten betrifft. Zur Gesetzgebung in den Einzelstaaten vgl. auch Tiffany S.48 Anm.30; vgl. ferner Seavey S.196 u. Mechem § 105 ff.
- (46) Griswold v. Haven, 25 N.Y.595, 82 Am.Dec. 380 (1862); s.a.: Tiffany S.48 Anm.31; California, Mississippi, Pennsylvania Annotations zu § 172 RA.
- (47) Weitere Rechtssprechungsnachweise: Indiana, Florida, Colorado, Illinois, California, Georgia Annotations zu § 173 RA; Tiffany S. 48 Anm. 35.
- (48) British Mutual Banking Co. v. Charnwood Forest Ry. Co. (1887), 18 Q.B.D.714; Kleinwort, Sons & Co. v. Associated Automatic Machine Corp. (1934), 50 T.L.R. 244, wonach die Beklagte nicht estopped war vorzubringen, ihr agent habe keine authority gehabt, den Empfang von share certificates zu bestätigen, wenn die certificates in Wirklichkeit nicht eingereicht gewesen seien.

c. Die Konstruktion der Verpflichtung des Prinzipals
(Beschränkungen der Vertretungsmacht - limitations
of power - und Weisungen im Innenverhältnis -
instructions)

In den im Teil II bisher erörterten Fällen hatte der agent nicht die authority, wohl aber die power, den Prinzipal zu verpflichten. Hinsichtlich der Konstruktion dieser power werden unterschiedliche Auffassungen vertreten.

Person gelangt, von der Unabhängigkeit (separateness) der power (des Könnens) von dem im contract of agency begründeten right-duty-Verhältnis (Dürfen) ausgehend, zum Unterschied zwischen "limitations of power" und "instructions how to use the power".⁽⁴⁹⁾ So könne der Prinzipal dem agent einerseits eine power bestimmten Umfanges erteilen und ihm andererseits durch eine instruction zur Pflicht machen, von der power nur unter besonderen Voraussetzungen Gebrauch zu machen. Wenn der Prinzipal seinen agent anweise, "don't do this", dann könne es im Einzelfalle schwierig sein zu unterscheiden, ob er damit die power des agent beschränken wollte oder ob er die power bestehen lassen und den agent nur intern anweisen wollte, wie er sie auszuüben habe. Person will also die Lösung der durchaus richtig gestellten Frage, ob eine dem agent auferlegte Beschränkung als "limitation of power" oder als nur im Innenverhältnis bedeutsame "instruction" anzusehen ist, an der Willensrichtung des Prinzipals orientieren: "Should the principal be taken to mean, 'you cannot' or to mean, 'you ought not'?"

Person gibt dann ein Beispiel, das eindeutig erkennen läßt, daß die dem agent auferlegte Beschränkung nur als instruction zu werten ist: Der Prinzipal verbietet dem agent, der für ihn auf einem Verkaufsstand Eier feilhält, die frischen zu verkaufen, bevor er die älteren abgesetzt habe. Es kann nicht zweifelhaft sein, daß es sich hier nach dem Willen des Prinzipals um eine Anweisung

(49) § 152 mit Hinweis auf Hatch v. Taylor (s.o.Anm.7).

handelt, die nur für den agent bestimmt und Dritten gegenüber geheimzuhalten war; sie war "intended not to be communicated" im Sinne der Entscheidung Hatch v. Taylor. Rechtfertigt das aber die Folgerung Persons, der Prinzipal habe dem agent erklärt "you can, but you ought not", d.h. der Prinzipal habe dem agent absichtlich eine über die authority hinausgehende power erteilt ?

Wollte der Prinzipal dem agent intern eine power erteilen, die über die authority hinausgeht, so mußte er auch wollen, daß er verpflichtet wird, wenn der agent die ihm auferlegte "instruction" überschreitet. Eine solche Annahme widerspräche aber offenbar der Wirklichkeit.⁽⁵⁰⁾ Denn in Wirklichkeit strebt der Prinzipal nur das Geschäft an, das im Rahmen der authority liegt. Die Konstruktion, daß die rechtliche Fähigkeit (power) des agent den Prinzipal trotz Verstoßes gegen dessen Weisungen zu verpflichten, im Willen des Prinzipals, also in der Privatautonomie, ihren Ursprung habe, ist daher verfehlt.⁽⁵¹⁾

Bei der Konstruktion der Haftung des Prinzipals ist vielmehr von der Eigenart der dem agent auferlegten Beschränkungen auszugehen. Im Falle der "secret instructions intended not to be communicated" war es dem Dritten nicht möglich, den Umfang der authority festzustellen. In den übrigen Fällen war es dem Dritten nicht möglich oder wegen der besonderen Schwierigkeiten unzumutbar⁽⁵²⁾ festzustellen, ob der agent die ihm auferlegten Beschränkungen einhielt.⁽⁵³⁾ Der gutgläubige Dritte kann aber

(50) Vgl. auch unten S.114.

(51) Es wäre allerdings durchaus denkbar, daß ein Prinzipal, der sich der rechtlichen Konsequenz geheimer Weisungen bewußt ist, für den Fall der Pflichtwidrigkeit des agent seine Verpflichtung gegenüber dem Dritten in Kauf nähme und somit bedingt wollte. Dann wäre sein Verpflichtungswille die Folge dieser rechtlichen Regelung, nicht aber deren Ursache.

(52) Die Nachprüfung "would be too slow for the needs of commerce", Mechem § 105.

(53) Mechem § 108: "Going to the principal and verifying the authority... will do the third party no good here; he is helpless."

nur mit der Kenntnis solcher Umstände belastet werden, die eine angemessene Nachprüfung ergeben haben würde.⁽¹⁷⁾ Ihm gegenüber gilt die authority so, wie sie sich ihm bei pflichtgemäßer Nachprüfung dargestellt haben würde. Die Verpflichtung des Prinzipals und damit die power des agent⁽⁵⁴⁾ beruht demnach nicht auf wirklicher (actual) authority; denn gerade seine actual authority hat der pflichtwidrig handelnde agent überschritten. Sie beruht auch nicht auf dem Anscheinstatbestand der apparent authority; denn das Kennzeichnende der erörterten Fallgruppen ist ja gerade, daß der Prinzipal auch bei mündlich erteilter (interner) authorisation und auch dann verpflichtet wird, wenn z.B. der agent die ihm ausgehändigte Vollmachtsurkunde dem Dritten nicht vorlegt.⁽²⁰⁾ Sie beruht vielmehr darauf, daß "public policy" ohne Rücksicht auf den Willen des Prinzipals wegen der Eigenart der Beschränkungen, die der Prinzipal dem agent auferlegt hat, und im Interesse eines reibungslosen Verkehrs den gutgläubigen Dritten vom Nachprüfungsrisiko befreit.⁽⁵⁵⁾ Die Entscheidung, ob eine dem agent auferlegte Beschränkung "limitation of power" oder "instruction" ist, orientiert sich daher an der Nachprüfungspflicht des Dritten. Ist der Dritte wegen der Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit, das Bestehen von Beschränkungen oder deren Einhaltung durch den agent festzustellen, nicht zur Nachprüfung verpflichtet, so hat die Beschränkung den Charakter einer sich nur auf das right-duty-Verhältnis auswirkenden instruction. Weil die Beschränkungen nur instructions sind, hat der agent die power, also die Möglichkeit, sie zu übergehen und so den Prinzipal gegen dessen Willen zu verpflichten.

(54) Mechem § 34; "The agent bound the principal, ergo, he had a power to do it."

(55) Die Ermöglichung rascher und reibungsloser Geschäftsabwicklung ist ein beherrschender Grundzug des heutigen law of agency, vgl. S.111 Anm.111.

(2) Beschränkungen der authority, deren Bestehen der Dritte wegen der besonderen Eigenschaft des agent nicht nachzuprüfen braucht

a. Die Einräumung von Ermessen und damit einer Vertrauensstellung - Allgemeines

Ausnahmen von dem Grundsatz, daß der Dritte Umfang der authority sowie deren Einhaltung nachzuprüfen hat, sind unter bestimmten Voraussetzungen auch dann anerkannt, wenn eine Erkundigung beim Prinzipal weder unmöglich noch besonders schwierig ist. Von grundlegender Bedeutung ist in dieser Hinsicht die amerikanische Entscheidung *Kidd v. Thomas A. Edison, Inc.*⁽⁵⁶⁾. Der agent Fuller war von der beklagten Gesellschaft beauftragt, Sänger oder Sängerinnen für eine Werbevorstellung zu engagieren, bei der die Wiedergabequalität der Schallplatten der Gesellschaft demonstriert werden sollte. Die authority des agent war dahin eingeschränkt, daß Künstler nur dann zu engagieren seien, wenn Einzelhändler die Kosten des Engagements übernehmen. Der agent engagierte die Klägerin jedoch, ohne diese Einschränkung zu beachten. Das Gericht gab der Klage gegen die Gesellschaft auf Zahlung der Gage statt, allerdings in erster Linie mit der Begründung, daß hier der Anschein uneingeschränkter authority vorgelegen habe, aus dem die Klägerin vertrauen durfte.⁽⁵⁷⁾ Judge Hand begründet die Entscheidung andererseits damit, daß die Einschränkung der authority nur eine instruction und die Klägerin nicht verpflichtet gewesen sei, den Umfang der authority im einzelnen nachzuprüfen: "... If a man select another to act for him with some discretion, he has by that fact vouched to some extent for his reliability... The very purpose of delegated authority is to avoid constant recourse by third parties to the principal,

(56) 239 F. 405, (1917).

(57) Dagegen wendet sich zutreffend Mechem (§ 101) mit dem Hinweis, daß hier der agent - anders als ein Ladenangestellter, der nach außen hin zu dem in Betracht kommenden Gewerbe als bevollmächtigt erscheine - den Anschein uneingeschränkter authority selbst hervorgerufen habe, nicht dagegen die Beklagte.

which would be a corollary of denying the agent any latitude beyond his exact instructions. Once a third person has assured himself widely of the character of the agent's mandate, the very purpose of the relation demands the possibility of the principal's being bound through the agent's minor deviations... It would certainly have been quite contrary to the expectations of the defendant, if any of the prospective performers at the recitals had insisted upon verifying directly with (the principal) the terms of (the) contract. It was precisely to delegate such negotiations to a competent substitute that they chose Fuller at all..."

Der agent hatte die Grenzen seiner authority überschritten. Die Beschränkungen, die er überschritt, waren jedoch keine "limitations of the power". Sie hatten den Charakter von "instructions"; denn nach Ansicht des Gerichts betrafen sie nicht "the general scope of the business", sondern nur verhältnismäßig unbedeutende Einzelheiten; und die Verletzung der sich auf diese Einzelheiten beziehenden Weisungen des Prinzipals stellte nur eine geringere Abweichung vom "general subject of his confidence" dar.

Letztlich beruht die Entscheidung, daß der agent keine Beschränkung der Vertretungsmacht (power), sondern eine Instruktion verletzte, wiederum auf der Abgrenzung der Nachprüfungspflicht des Dritten. Bei dieser Abgrenzung griff Judge Hand in seinen Entscheidungsgründen den Gedanken auf, daß der eigentliche Sinn der Bevollmächtigung in der Arbeitsteilung liegt. Hat der Prinzipal dem agent zum Abschluß eines Vertrags E r m e s s e n eingeräumt, so hat er damit "vouched to some extent for his (the agent's) reliability". Soweit er dem agent Ermessen einräumt, will er seine eigene Arbeitskraft entlasten. Zu dieser Entlastung bedient er sich des agent, weil er ihn für vertrauenswürdig hält. Daher kann der Dritte den agent gleichermaßen für vertrauenswürdig halten; hat er sich allgemein ("widely") von der Art der authority des agent vergewissert, so hat er seiner Prüfungspflicht

genügt. Nur soweit er zur Nachprüfung verpflichtet war, trifft ihn das Risiko unterlassener Nachprüfung. Hat der agent zwar Weisungen des Prinzipals außer Acht gelassen, aber nicht "the general scope of the business" der in Betracht kommenden Art überschritten, so ist der Vertrag auch dann zustandegekommen, wenn der (gutgläubige) Dritte jegliche Nachprüfung unterlassen hat.

b. Die power des general agent

Der Gedanke, der der Entscheidung Kidd v. Edison zugrunde liegt, führt zu der bedeutsamen Frage, ob und gegebenenfalls in welchem Umfange der general agent die power hat, den Prinzipal durch authority-widrige Rechtsgeschäfte zu verpflichten. Zunächst ist es erforderlich, auf die Unterscheidung der Begriffe "special" und "general" agent einzugehen, an der die anglo-amerikanische Rechtsprechung trotz zunehmenden Widerstandes in der Literatur festhält.⁽⁵⁸⁾

(a) Der Begriff "general agent"

"Special agent" ist, wer für ein Einzelgeschäft oder eine Reihe von Einzelgeschäften authority erhalten hat. "General agent" ist, wer zum fortgesetzten Abschluß einer unbestimmten Zahl von Geschäften authority erhalten hat. Ihn kennzeichnet, daß seine authority nicht darauf beschränkt ist, ein bestimmtes Geschäft abzuschließen, sondern ihn schlechthin befugt "to act in a special character."⁽⁵⁹⁾ Ihm ist eine "class of purchases" (oder anderer

(58) Seavey S.182. Im Gegensatz zu Seavey hält Powell (S.29) die Unterscheidung für undurchführbar, verwirrend und überflüssig. So auch Mechem § 104. Ähnlich weist auch von Tuhr (S.397) auf die Unmöglichkeit fester Abgrenzung von Spezial- und Generalvollmacht hin. Rosenberg (S.632) hält die Unterscheidung für wertlos. Ähnlich wie Seavey hält Bauer-Mengelberg (S.11) es für unangebracht, den "eingebürgerten" Begriff des Generalbevollmächtigten aufzugeben.

(59) Bowstead Art.2; Halsbury I Art.200; RA § 3; Evans S.118. So auch Müller-Freienfels (S.73, Anm.34), wonach bei der Generalvollmacht "die vom Vertreter abzuschließenden Geschäfte nur ihrer Gattung, ihrer Art nach allgemein bestimmt sind, während bei der Spezialvollmacht das (oder die Geschäfte) der Vertreter im einzelnen umrissen ist (sind)." Der wiederholte Abschluß einzelner Geschäfte gleicher Art macht also den agent noch nicht zum general agent (Barrett v. Irvine (1907) 2 I.R.474; RA § 3 Abs. 2).

Geschäfte), "a department of business" übertragen.⁽⁶⁰⁾
Den general agent kennzeichnet, daß ihm stets Ermessen eingeräumt ist, und zwar mindestens hinsichtlich der Anzahl der abzuschließenden Geschäfte, im allgemeinen aber auch hinsichtlich der Auswahl der Geschäftspartner und der Vertragsbedingungen.⁽⁶¹⁾

(b) Die power des general agent im Rahmen
der offenen Stellvertretung

In den meisten Fällen der general agency dürfte apparent authority vorliegen.⁽⁶²⁾ Der Umfang der power des general agent richtet sich dann nach der "representation" des Prinzipals gegenüber dem Dritten. Die "representation" liegt in der Regel darin, daß der Prinzipal den agent längere Zeit hindurch einen bestimmten Aufgabenkreis selbständig ausführen läßt. Für die hier zu erörternde Frage kommt es jedoch nur auf solche Fälle an, in denen kein auf den Prinzipal zurückgehender Anscheinstatbestand vorliegt, sondern für den Dritten lediglich feststeht, daß der agent, mit dem er in Geschäftsverbindung tritt, general agent ist.

Der englischen Entscheidung *Smith v. M'Guire*⁽⁶³⁾ liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Der Beklagte betrieb früher ein Getreide-Handelsgeschäft in Limerick. Er verzog nach London und überließ die Führung des Geschäfts seinem Bruder A. Der Name des Beklagten blieb über dem Geschäftseingang stehen. A bezog drei Jahre lang Warenposten und charterte zahlreiche Schiffe im Namen des Beklagten. Er empfing gewöhnlich besondere Weisungen vom Beklagten. Der Kläger machte geltend, A habe sein

(60) Judge Strong in *Butler v. Maples*, 9 Wall 766, 19 L. Ed. 822, (1869).

(61) *Butler v. Maples*, a.a.O. Während nach RA § 3 comment c auch ein special agent hinsichtlich der Vertragsbedingungen des abzuschließenden Einzelgeschäftes in mehr oder weniger weitem Umfang Ermessen zustehen kann, macht nach der englischen Entscheidung *Hicks v. Hankin*, (1802) 4 Esp. 114, allein die Einräumung eines solchen Ermessens den agent zum general agent.

(62) *Powell* S.63; RA § 161 comment b; *Seavey* S.183 ff; *Mechem* § 104; *Williston* S.209.

(63) (1858), 3 H. & N. 554.

Schiff gechartert und die Charterparty "per procuration" gezeichnet, aber das Schiff nicht beladen lassen. Der Beklagte wurde verurteilt.

Die Entscheidung ist einmal darauf gestützt, daß A general agent des Beklagten gewesen sei. Er sei aus dem Vertrage verpflichtet worden, obwohl A "special instructions" überschritten habe.⁽⁶⁴⁾ Chief Baron Pollock verurteilte den Beklagten zum anderen auch auf Grund von apparent authority. Er sah sie darin, daß der Beklagte den agent "vor aller Welt" als seinen agent hingestellt habe. Von diesem Gedanken des "holding out to the world" ausgehend, begrenzte er die Nachprüfungspflicht des Klägers: Dieser sei nicht verpflichtet gewesen, sich beim Beklagten nach dem Umfang der authority zu erkundigen. Er könne nur mit der Kenntnis derjenigen Tatsachen belastet werden, die infolge der bisherigen Geschäftspraxis des Beklagten allgemein - wenn auch nicht notwendig ihm persönlich - bekannt gewesen seien.

Seavey⁽⁶⁵⁾ weist zu Smith v. M'Guire und gleichartigen Entscheidungen⁽⁶⁶⁾ darauf hin, ein "holding out to the world" sei nicht notwendig auch - worauf es bei der apparent authority allein ankomme - ein "holding out" gegenüber dem Geschäftspartner des agent.

Es ist jedoch anerkannt, daß der Prinzipal, der einen general agent bestellt hat, auch dann aus authoritywidrigen Rechtsgeschäften des agent verpflichtet werden kann, wenn weder ein "holding out" gegenüber dem Geschäftsgegner noch ein "holding out to the world" vorlag.

Im Falle Whitehead v. Tuckett⁽⁶⁷⁾ hatten die Makler A & Co general authority von P, für diesen, aber im eigenen Namen, zu Spekulationszwecken Zucker zu kaufen, ein-

(64) Jenks (Art.141) unter Hinweis auf Smith v. M'Guire: "A person who employs a general agent is liable to third parties for all acts of the agent usual in, or apparently within the scope of, his employment..."; so auch Halsbury 1 Art.354 und Powell S.64.

(65) S.188. Zu Smith v. M'Guire vgl. auch Powell S.64.

(66) So z.B. in USA: Faiola v. Calderone, 275 Pa. 303, 119 A.539.

(67) (1812), 104 E.R. 896.

zulagern und weiterzuverkaufen, und zwar im allgemeinen nach eigenem Ermessen hinsichtlich Menge und Preis, mitunter aber auch auf besondere Weisungen. In einem Falle verkauften sie unter dem vom Beklagten bestimmten Preis. Der Beklagte wurde verurteilt mit der Begründung, A & Co seien general agents gewesen. Der Umfang ihrer "general authority" (d.h. power) bestimme sich ausschließlich nach ihrem "general dealing" und nicht nach den im Einzelfalle erhaltenen "private instructions", von denen der Dritte keine Kenntnis habe.⁽⁶⁸⁾

Aus der amerikanischen Rechtsprechung sind besonders die Entscheidungen *Butler v. Maples*⁽⁶⁹⁾ und *Thurber v. Anderson*⁽⁷⁰⁾ aufschlußreich.

In *Butler v. Maples* hatten die Beklagten ihrem agent A die general authority erteilt, in Arkansas Baumwolle einzukaufen. A kaufte im Namen der Beklagten beim Kläger einen Posten Baumwolle zu Bedingungen, die mit den Weisungen, die er von den Beklagten erhalten hatte, unvereinbar waren. Die Beklagten wurden zur Zahlung des Kaufpreises verurteilt: A sei nicht special, sondern general agent gewesen. Die ihm auferlegten Beschränkungen seien keine Beschränkungen der Vertretungsmacht gewesen, die die Beklagten den Klägern entgegenhalten könnten, sondern instructions, die ausschließlich in das Innenverhältnis zwischen den Beklagten und A gehörten. Daß A diese instructions überschritten habe, sei rechtlich bedeutungslos, sofern das Rechtsgeschäft vom "general scope" seiner authority gedeckt gewesen sei. "The mode of buying, the price agreed to be paid... were matters between him and his principals. They are not matters in regard to which

(68) Vgl. auch *Tyneside Engine Works Co. v. Goldsmith* (1892), 8 T.L.R. 478, sowie *L.J. Turner in Towle v. National Guardian Assurance Society & Albert Life Assurance and Guarantee Co.* (1861), 30 L.J.Ch.900; "Although a general agent may bind his principal as to third persons, notwithstanding the principal may have limited his authority, this rule does not apply where the limit of the agent's authority is known to the persons dealing with him"; *East India Co. v. Hensley* (1794), 1 Esp.111; "Where a man appoints a general agent, he is bound by all his acts; but it is otherwise where he appoints an agent for a particular purpose only, the principal in that case being only bound to the extent of authority given."

(69) s.o.Anm. 60.

(70) 88 III. 167, 19 L.Ed. 822 (1878).

one dealing with him was bound to inquire."⁽⁷¹⁾ A sei unstreitig general agent der Beklagten gewesen. Daher dürfe den Klägern kein Nachteil daraus entstehen, daß sie jegliche Nachprüfung unterlassen hätten. Die Kläger hätten nur zu beweisen brauchen, daß "the agent held himself out as the general agent of the defendants, and that in fact he was such general agent."⁽⁷²⁾

Im Falle Thurber v. Anderson⁽⁷³⁾ hatte der Beklagte seinen Sohn A beauftragt, sein Einzelhandelsgeschäft zu führen, allerdings mit dem Verbot, Ware einzukaufen. A bestellte dennoch im Namen des Beklagten brieflich Waren beim Kläger. Dieser wußte von A's Stellung nicht mehr, als daß A sich in der schriftlichen Bestellung als general manager (agent) ausgegeben hatte. Das Gericht beschränkte sich auf die Feststellung, daß A general agent gewesen sei: denn er sei, wenn auch mit Einschränkung nichts einzukaufen, beauftragt gewesen, das Geschäft selbständig zu führen ("to manage the store"). Der Kläger sei aus der Warenbestellung verpflichtet worden, da sie "within the line of the defendant's business" gelegen habe.

Entscheidungen dieser Art liegen dem § 161 des Restatement zugrunde. Danach verpflichtet der general agent den Prinzipal "for acts done on his (P's) account which usually accompany or are incidental to transactions which he (A) is authorized to conduct if, although they are

(71) J.Strong. Auch hier werden die Begriffe "power" und "authority" nicht klar geschieden. Verwirrend ist ferner, daß Strong einerseits eine überzeugende Definition des "general agent" gibt, dann aber die Meinung des Vorderrichters bestätigt, daß die Anweisungen der Beklagten an A "secret instructions rather than limitations" gewesen seien. "They were not intended to be communicated to the (third) parties... and they never were communicated. It was, therefore, (?) not in error to instruct the jury as the Court did, that their agency was a general one..."

(72) So der Vorderrichter in Butler v. Maples, dessen Entscheidung bestätigt wurde. Hinweise auf weitere Entscheidungen, die nach Ansicht von Seavey in tatsächlicher Hinsicht mit der Entscheidung Butler v. Maples vergleichbar sind, bei Seavey S.190 Anm.17 u. S.189 Anm.15.

(73) s.o.Anm.70. Der Sachverhalt dieser Entscheidung hat anscheinend das Beispiel Nr. 2 im Tent.Draft No.1 zu § 161 beeinflußt.

forbidden by the principal, the other party reasonably believes that the agent is authorized to do them and has no notice that the agent is not so authorized."⁽⁷⁴⁾

Im comment a zu § 161 RA wird betont, daß die Regel auch dann gilt, wenn apparent authority nicht gegeben ist.⁽⁷⁵⁾ In diesem Zusammenhang sei noch das Beispiel Nr. 3 im comment zu § 161 RA erwähnt. Es stimmt zwar weitgehend mit dem Sachverhalt in *Thurber v. Anderson* überein. Es ist aber durch gewisse Änderung offensichtlich so konstruiert, daß auch nicht der geringste tatsächliche Anhaltspunkt vorliegt, von dem aus man zu einem den Prinzipal zurechenbaren Anscheinstatbestand gelangen könnte: P beschäftigt A als general manager (agent) einer Gießerei. Er hat A angewiesen, das benötigte Rohmaterial nur von X zu beziehen. A bestellt jedoch authoritywidrig einen Posten Rohmaterial bei T. Für die Bestellung verwendet er sein privates Briefpapier. Er unterzeichnet die Bestellung mit "A, agent of P".

In *Thurber v. Anderson* könnte man möglicherweise einen Anscheinstatbestand darin erblicken, daß der Prinzipal seinem Sohn die Kontrolle über das Geschäft und das dazu gehörende Briefpapier überließ. In dem erwähnten Beispiel hat der agent jedoch sein privates Briefpapier benutzt.

§ 161 RA ist seit der Veröffentlichung des Restatement of Agency (1933) in vielen amerikanischen Entscheidungen zustimmend angeführt worden.⁽⁷⁶⁾

(74) Vgl. auch die englische Entscheidung *Collen v. Gardner* (1856), 21 Beav. 540, wonach die general authority "implies a right (hier im Sinne von power) to do all subordinate acts incident to, and necessary for, execution of that authority, and if notice is not given that the authority is specially limited, the principal is bound." Hier wurde jedoch im Ergebnis die power des steward verneint, eine Farm für zwölf Jahre zu verpachten.

(75) Noch ausführlichere Erläuterungen hierzu enthält die von Seavey im Tent. Draft No. 1 vorgeschlagene Neufassung der comments zu § 161 RA.

(76) Seavey S.183 Anm.4 zu Section 161. Die Entscheidungen hat Seavey dem vom Law Institute von 4eit zu Zeit herausgegebenen "Restatement in the Courts" entnommen. Seavey äußert jedoch Zweifel, daß die

Die power des general agent richtet sich also nach dem "general scope of the business" oder, wie Powell sagt, nach der "usual authority" eines agent der in Betracht kommenden Art.⁽⁷⁷⁾ Beschränkungen der authority sind auch dann keine Beschränkungen der power, wenn sie als solche gedacht gewesen sein sollten. Dieser Regel des common law liegt der Gedanke zugrunde, der in der Entscheidung Kidd v. Edison zum Ausdruck gekommen ist: Wer seinem agent in größerem Umfang Ermessen eingeräumt hat, kann sich, wenn der agent "within the general scope of the business" der in Betracht kommenden Art tätig wird, gutgläubigen Dritten gegenüber nicht darauf berufen, daß der agent bestimmte Weisungen nicht beachtet habe. Mechem weist daher zutreffend darauf hin, daß man auch in Fällen der oben erörterten Art auf die Unterscheidung zwischen "special" und "general" agent verzichten könne, da man die Verpflichtung des Prinzipals auf die "broad basis" stützen könne, auf der die Entscheidung Kidd v. Edison beruhe.⁽⁷⁸⁾

(c) Die power des general agent im Rahmen der verdeckten Stellvertretung

aa. Die verdeckte Stellvertretung im allgemeinen und ihre geschichtliche Entwicklung

Das Institut der verdeckten Stellvertretung (undisclosed agency) stammt aus dem handelsrecht (law merchant,

eigentliche Bedeutung des § 161, nämlich die Unabhängigkeit der Verpflichtung des Prinzipals vom Verpflichtungsgrund der apparent authority herauszustellen, von den Gerichten immer richtig erkannt worden sei. - Hinweise auf hauptsächlich v o r der Veröffentlichung des Restatement erlassene Entscheidungen, die mit der im § 161 wiedergegebenen Regel übereinstimmen, geben die Illinois, Florida, Georgia, Indiana, Virginia, Texas, Rhode Island, Nebraska, Oklahoma, Michigan, Massachusetts, Pennsylvania, Kansas, Maryland und Mississippi Annotations. In diesen Fällen liegt zumeist gleichzeitig apparent authority vor; vgl. aber z.B. die Maryland Annotations, in denen ausdrücklich auf Fälle ohne apparent authority hingewiesen wird.

(77) Powell, S. 63 ff., 38 ff.

(78) § 104.

commercial law), das sich gegen Ende der angelsächsischen Geschichtsperiode zu einer Sonderdisziplin des englischen Rechts ausgebildet hatte. Im Handelsrecht waren die damaligen Handels- und Marktgebräuche (borough customs) zusammengefasst.⁽⁷⁹⁾ Mit dem Ansteigen des - insbesondere weitläufigen - Handels bildeten sich an den Märkten aus den abrocarii (brocatores), die bis dahin (abhängige) servi ihrer Geschäftsherren waren, selbständige Fachagenten wie brokers, factors usw., die sich zu unabhängigen Berufsklassen entwickelten.⁽⁸⁰⁾ Diese Agenten wurden zwar im Auftrage ihrer Geschäftsherren tätig, handelten andererseits aber eigenverantwortlich als selbständige Kaufleute. Gerade wegen ihrer Eigenverantwortlichkeit stellten sie, vom Standpunkt des Kapitalkredits aus gesehen, - nicht zuletzt wegen der Gefahr des Kapitalverlusts durch mißglückte Spekulationsgeschäfte - einen Unsicherheitsfaktor dar. Das Sicherheitsbedürfnis des Gläubigers konnte am ehesten dadurch befriedigt werden, daß im Falle der Zahlungsunfähigkeit des Vertreters der Auftraggeber aufgedeckt und verpflichtet wurde.⁽⁸¹⁾ Rechtlich wurde die Aufdeckung und Verpflichtung des verdeckten Prinzipals dadurch ermöglicht, daß das law of agency auf dem Boden der Identitätsfiktion⁽⁸²⁾ stand: Da Prinzipal und agent infolge des zwischen ihnen geschlossenen agency-Vertrags theoretisch zu einer Person verschmolzen waren, bestand kein Hindernis, diese Identität auch hinsichtlich der Verpflichtung aus dem vom agent abgeschlossenen Rechtsgeschäft anzunehmen.⁽⁸³⁾

Nachdem die undisclosed agency ein fester Bestandteil des Handelsrechts geworden war, begannen die common-law-Gerichte etwa im 17. Jahrhundert, ihre Zuständigkeit auf Handelssachen auszudehnen und die Handelsgerichte (mit Ausnahme des Admiralty Court) zu verdrängen. So

(79) Würdinger S.424 ff., 465; Bouvier 2 S. 1882.

(80) Würdinger S.427.

(81) Würdinger S.428, 464; vgl. auch Gierke S.129, 520 ff.

(82) Zur "fiction of identity" s.o.S.32 und u.S.109.

(83) vgl. Müller-Freienfels in Z.f.ausl.u.int.PrR.1952 S.578 ff.

drangen die Regeln über die verdeckte Stellvertretung in das common law ein.⁽⁸⁴⁾

Die undisclosed agency ist heute ein fester Bestandteil des anglo-amerikanischen law of agency.⁽⁸⁵⁾ Der agent, der für einen verdeckten (undisclosed) Prinzipal handelt, wird nur dann selbst verpflichtet, wenn der Dritte, nachdem er die Existenz eines hinter dem agent stehenden Prinzipals entdeckt hat, ihn statt des Prinzipals zum Vertragspartner wählt.⁽⁸⁶⁾ Verdeckt ist der Prinzipal nicht schon dann, wenn nur sein Name oder seine Person verdeckt ist (unnamed principal), d.h. wenn der agent zwar verschweigt, für wen er handelt, aber zum Ausdruck bringt, daß er als Vertreter handelt.⁽⁸⁷⁾

bb. Die Anwendung der Regeln über die power des general agent auf die Fälle der verdeckten Stellvertretung

Im Falle Edmunds v. Bushell & Jones⁽⁸⁸⁾ hatte A als general manager des Beklagten, jedoch im eigenen Namen dessen Geschäft betrieben und weisungswidrig im Namen der Firma einen Wechsel akzeptiert. Der verdeckte Beklagte wurde aus dem Akzept in Anspruch genommen und verurteilt. Das Gericht verwendete zwar die Begriffe "holding out" und "apparent authority", ging jedoch nicht auf die Frage ein, ob der Kläger von der Existenz des Beklagten, von dem der Anscheinstatbestand hätte ausgehen müssen, überhaupt Kenntnis hatte. Andererseits deutet sich in dieser Entscheidung bereits der rechtliche Gesichtspunkt an, der späteren Entscheidungen ausschließlich zugrunde liegt und mit dem Gedanken der apparent authority nichts zu tun hat.

(84) Würdinger S. 425.

(85) Sie wird allerdings vielfach als Anomalie empfunden, vgl. Müller-Freienfels a.a.O. mit w.Nachw. aus Rechtsprechung und Schrifttum. Im deutsche Schrifttum wurde sie wiederholt als Vorbild hingestellt, vgl. Würdinger S.11, 465 m.w.Nachw.

(86) Anson S. 410 ff.

(87) Fleet v. Murton (1871), L.R. 7 Q.B. 126; der Zusatz "as broker" zur Unterschrift deutet das Vertretungsverhältnis ausreichend an, der bloße Zusatz "broker" (ohne "as") dagegen nicht, Hutcheson v. Faton (1884), 13 Q.B.D.861.

(88) (1865), L.R. 1 Q.B. 97.

So führte Judge Cockburn aus: "The case falls within the well-established principle that if a person employs another as agent in a character which involves a particular authority he cannot by secret reservation divest him of that authority."

Von besonderer Bedeutung für die Klärung der bis dahin undurchsichtigen Konstruktion der power des general agent in Fällen der verdeckten Stellvertretung war die vielumstrittene Entscheidung *Watteau v. Fenwick*.⁽⁸⁹⁾

Der Gastwirt H hatte der beklagten Brauerei P seine Gastwirtschaft veräußert, und zwar mit der Vereinbarung, daß er die Gaststätte fortan als angestellter manager für die Beklagte, nach außen jedoch nach wie vor im eigenen Namen betreiben sollte. Entgegen der Anweisung der Beklagten, Bier und gewisse andere Waren nur von ihr zu beziehen, kaufte H Zigarren und andere für den Betrieb der Gaststätte bestimmte Waren beim Kläger, der H für den selbständigen ~~Inhaber~~ der Gaststätte hielt. Nachdem der Kläger die wahren Eigentumsverhältnisse in Erfahrung gebracht hatte, nahm er die Beklagte wegen des Kaufpreises in Anspruch.

Der Klage wurde stattgegeben. Die Queen's Bench Division des High Court führte aus, daß apparent authority zwar nicht in Betracht komme,⁽⁹⁰⁾ daß es aber entscheidend auf das Rechtsverhältnis zwischen Humble und der Beklagten ankomme: Da zwischen H und der Beklagten ein agency-Verhältnis bestanden habe, sei die Beklagte "liable for all acts of the agent which are within the authority usually confided to an agent of that character, notwithstanding limitations as between principal and agent put upon that authority."

Die Entscheidung war in der Literatur heftiger Kritik ausgesetzt, weil sie den Prinzipal haften lasse, obwohl H weder actual noch apparent authority gehabt habe, die Waren zu kaufen. Die Rechtsprechung ist ihr jedoch nahezu

(89) (1893), 1 Q.B. 346.

(90) Judge Wills: "There was no holding out because the plaintiff knew nothing of the defendant."

ausnahmslos gefolgt.⁽⁹¹⁾ In der Literatur überwiegen nunmehr die positiven Stellungnahmen, die in der Entscheidung die Bestätigung des Rechtssatzes sehen, daß der general agent, der "within the general scope of the business" tätig wird, den Prinzipal auch ohne authority oder apparent authority binden kann.⁽⁹²⁾ Letztlich handelt es sich also darum, daß die Grundsätze, die bei der offenen Stellvertretung gelten, auch im Rahmen der verdeckten Stellvertretung angewandt werden.

Die undisclosed agency führt in *Watteau v. Fenwick* zu einem Ergebnis, das man im deutschen Recht, das freilich eine solche mittelbare Stellvertretung nicht kennt,⁽⁹³⁾ auf den ersten Blick auf anderem Wege anzustreben geneigt ist. Dabei drängt sich der Gedanke der "Kredittauschung" auf. Andererseits ergeben sich auch Bedenken, es ohne weiteres für notwendig zu erachten, daß der "Hintermann" für die von A eingegangene Verpflichtung einzustehen habe;

(91) Vgl. *Kinahan v. Parry*, (1910) 2 K.B.389; *Seavey* S.191 mit Hinw. auf amerikanische Entscheidungen.

(92) *Powell* S.67 ff.; *Bowstead* Art.80; *Halsbury* 1 Art.448; *Jenks* Art.141, 529; *Anson* S.41; *Seavey* S.190 ff.; *Mechem* § 174 ff. mit weit. Nachw. in Anm.58; *Tiffany* S.85. Ablehnend *Salmond-Winfield* S.349 m.Hinweis auf *Lindley, Law of Partnership*, 9.Aufl. S.178. Das Re-statement machte die Entscheidung zur Grundlage des § 195 ("Acts of manager appearing to be owner"); das Beispiel 1 zu § 195 entspricht im wesentlichen dem Sachverhalt der Entscheidung.

(93) Das deutsche Recht gibt nicht die Möglichkeit anzunehmen, daß die Brauerei P aus dem von ihrem Strohmann H geschlossenen Vertrag verpflichtet wurde, H wurde allein verpflichtet, und seine Vereinbarung mit P ist nicht nach § 117 Abs. 1 BGB nichtig. (RGZ 84, 304; 127, 334). Nur wenn der Dritte T die Strohmanneigenschaft gekannt hätte, würde das verdeckte Geschäft zwischen P und T nach § 117 Abs.2 BGB wirksam und das Geschäft zwischen H und T nach § 117 Abs.1 nichtig sein (Enneccerus-Nipp. § 179 IV 2; *Lehmann* § 36 I 5 d). Kannte T die Strohmanneigenschaft nicht, so würde jedoch H, wenn er die Waren im Rahmen der zwischen ihm und P getroffenen Vereinbarung gekauft hätte, gegen P einen Anspruch auf Befreiung von der Verbindlichkeit haben, den T pfänden und sich überweisen lassen könnte (RGZ 84, 304).

denn es gibt keinen allgemeinen Grundsatz, wonach derjenige, der einem anderen die Grundlage für dessen Kredit schafft, auch für die auf dieser Grundlage entstandenen Verpflichtungen einzustehen habe. Dann müßte nämlich nicht selten z.B. der Verpächter eines Geschäftsbetriebes für die Verbindlichkeiten des Pächters eintreten. Um im Falle *Watteau v. Fenwick* nach deutschem Recht zur Verurteilung der P zu gelangen, bedürfte es, da dieses Ergebnis über § 826 BGB erreicht werden müßte, weiterer Einzelheiten des Sachverhaltes, vor allem in subjektiver Hinsicht. (94)

(d) General agents "kraft Gesetzes"

Nach englischem Recht haben die Angehörigen gewisser beruflicher oder gewerblicher Stände auch dann eine general power, wenn der Prinzipal ihnen keinerlei Ermessen, sondern eine eng begrenzte authority für nur ein einzelnes Geschäft erteilt hat. Das trifft auf den solicitor, (95)

-
- (94) Handelte es sich um eine Sicherungsübereignung des H an P, so wäre, um die Sittenwidrigkeit der Übertragung des ganzen wesentlichen Vermögens des H auf P annehmen zu können, erforderlich, daß P sich der rechtlichen Folgen für andere Gläubiger bewußt war und sie dennoch in Kauf nahm (Fahrlässigkeit würde nicht ausreichen, BGH WM 56, 283; RGZ 143, 51). Das dürfte hier aber schon deshalb zweifelhaft sein, weil P dem H verboten hatte, Waren auf Kredit zu kaufen. Eine etwaige "Knebelung" des H dadurch, daß P ihm die wirtschaftliche Selbständigkeit genommen und ihn in einen Zustand "tatsächlicher Schuldknechtschaft" gebracht hätte, könnte zwar die Sicherungsübereignung nach § 138 BGB nichtig machen (RGZ 136, 257; 143, 51), so daß T möglicherweise erfolgreich in das Vermögen des H vollstrecken könnte. Für einen Anspruch gegen P nach § 826 BGB würde das jedoch allein nicht ausreichen, da eine solche Knebelung für sich allein noch keine Gläubigerbenachteiligung ist (RGZ a.a.O.)
- (95) Im englischen Recht ein Anwalt, der vor dem magistratischen (Friedensrichter) und gewissen unteren Gerichten (z.B. den County Courts) auftreten kann, im übrigen aber auf die außergerichtliche Wahrnehmung von Rechtsangelegenheiten (besonders die Rechtsberatung) und - soweit die Vertretung vor Gericht dem barrister vorbehalten ist (so vor dem High Court, dem Court of Appeal, dem House of Lords und dem Judicial Committee of Privy Council) - auf die Tätigkeit des Korrespondenzanwalts (genauer: eines Mittelsmannes zwischen Partei und barrister) beschränkt ist.

broker, factor, ⁽⁹⁶⁾ auctioneer und andere gewerbsmäßige Vertreter zu. Hier liegt der Grund für die Erweiterung des power-Umfangs darin, daß der Prinzipal einen agent beauftragt hat, der gewöhnlich eine general authority hat. Wer einem solicitor oder dgl. authority erteilt hat, hat damit "vouched for the agent's reliability", und dessen etwaige Unzuverlässigkeit geht zu seinen Lasten. Solicitors, brokers u.s.w. sind daher nach englischem Recht auch dann "general agents", wenn sie an sich "special agents" wären. ⁽⁹⁷⁾ Sie sind daher im eigentlichen Sinne keine "Generalbevollmächtigte". Es handelt sich

Zur Geschichte der Prozessvertretung in England s. Würdinger S 44 ff. m.w.Nachw. In der normannischen Geschichtsperiode bildeten sich zunächst die Stände der attornati (der technischen Parteivertreter) und der aduocati (der Vorsprecher). Nachdem sich zunächst eine Verschmelzung beider Stände angebahnt hatte, wurden jedoch später die attornati (attorneys) aus den Inns of Court, den Ausbildungsstätten für das Common Law, herausgedrängt. Hier verblieben nur die barristers, die aus den aduocati hervorgegangen waren. Die attorneys waren auf die Inns of Chancery, also das Equity-Gericht, beschränkt, wo sie allerdings nicht selbst auftreten konnten, sondern die Gesuche der Parteien von den Court Clerks vorbringen lassen mußten. Da letztere der Bewältigung der Arbeit bald nicht mehr gewachsen waren, tauchten besondere, von den Parteien zur Förderung (vgl. to solicit) ihrer Sachen bestellte Vertreter auf, die vor dem Court of Chancery die Aufgabe der attorneys übernahmen. Durch den Judicature Act von 1873 wurde die Stellung der solicitors neu geregelt: attorneys und solicitors waren fortan "Solicitors of the Supreme Court of Judicature", d.h. des High Court (of Justice) und des Court of Appeal.

(96) Der broker entspricht dem deutschen Handelsmakler, der factor im wesentlichen dem Kommissionär (Würdinger S.427). Der factor hat das anvertraute Gut im Besitz und authority zum Verkauf im eigenen Namen. Hinsichtlich des Umfanges der authority hat er "general discretion" (Anson S.403). Zur geschichtlichen Entwicklung dieser Typen von "mercantile agents" s.o. S. 101.

(97) Halsbury 1 Art. 200, 354; Bowstead Art.2; Langenbach S.14. Anders dagegen im amerikanischen Recht, Harrigan v. Dodge, 103 N.E. 919 (1914). Powell (S.39), der den Begriff "general agent" für überflüssig hält (vgl. oben Anm.58), erreicht dasselbe Ergebnis mit der usual authority: ein agent dieser Art hat die power "to do whatever is usual in the ordinary course of that trade, business or profession."

vielmehr um Fälle des "gesetzlich" - d.h. durch das common law - festgelegten Vollmachtsumfangs⁽⁹⁸⁾ wie z.B. in den §§ 49, 54 und 55 HGB und § 81 ZPO.⁽⁹⁹⁾ Von diesen Fällen des "gesetzlichen" Umfangs der power sind diejenigen Fälle zu unterscheiden, in denen der Prinzipal einem Angestellten weitgehende Verwaltungsaufgaben übertragen hat, so daß der Verkehr den Angestellten dementsprechend für bevollmächtigt halten darf.⁽¹⁰⁰⁾ In diesem letzteren Falle vertraut der Verkehr einer "representation" des Prinzipals. Im ersteren Falle braucht dagegen eine solche "representation" nicht vorzuliegen.

c. Die Konstruktion der power des general agent.

Hier gilt Ähnliches wie oben zu 2 (1) c. Die power des general agent, den Prinzipal durch Rechtsgeschäfte zu verpflichten, die zwar weisungswidrig sind, aber durch den "general scope of the business" gedeckt werden, beruht ebenfalls nicht auf dem Willen des Prinzipals. Sie beruht vielmehr darauf, daß der Prinzipal dem agent in besonderem Maße Vertrauen geschenkt hat und daß daher "public policy" ohne Rücksicht auf den Willen des Prinzipals den gutgläubigen Dritten von der Pflicht befreit, sich nach dem Bestehen einschränkender Weisungen zu erkundigen. Er hat lediglich nachzuprüfen, ob der agent wirklich general agent des Prinzipals ist. Nur insoweit trägt er das Nachprüfungsrisiko.

(98) Powell (S.38) spricht daher in diesen Fällen von einer "legal authority" des agent.

(99) Zur power des solicitor "in the ordinary course of his profession" s. Bowstead Art.40 Nr.5; des auctioneer, Art. 40 Nr.3; des factor, Art. 40 Nr.1; des broker, Art. 40 Nr.2; des shipmaster Art. 40 Nr.6. Hiervon zu unterscheiden ist die Vertretungsmacht, die keinerlei authority-Erteilung voraussetzt, sondern kraft Gesetzes entsteht (so z.B. die agency of necessity der Ehefrau und des Schiffsführers (shipmaster), Bowstead Art.4, 11 ff., 40 No.6; vgl. auch § 1357 BGB, § 527 HGB).

(100)s.o.S. 38 f.

2. A b s c h n i t t

DER GRUNDGEDANKE DER AGENCY POWER

Zur Konstruktion der agency power in Fällen nicht nachprüfbarer authority-Beschränkungen wurde bereits darauf hingewiesen, daß zwischen der Nachprüfungspflicht des Dritten und der power des agent insofern ein Zusammenhang besteht, als der Dritte von der Pflicht zur Erkundigung befreit ist, wenn die Erkundigung ohnehin keine Klarheit gebracht haben würde. Damit ist aber noch nicht die Frage beantwortet, welche Erwägungen dazu geführt haben, das Interesse des Dritten am Zustandekommen des Geschäfts höher zu bewerten als das Interesse des Prinzipals, nicht durch ein authority-widriges Geschäft verpflichtet zu werden.

In der Entscheidung *Mussey v. Beecher*⁽³³⁾ ging der Supreme Judicial Court of Massachusetts auf diesen Interessengegensatz ein. Er entschied sich allerdings für den Prinzipal und führte aus, der Dritte könne sich nicht darauf berufen, daß es ihm angesichts der eigenartigen Bedingung, von der die authority des agent abhing, so gut wie unmöglich gewesen sei nachzuprüfen, ob der agent im Rahmen seiner authority handelte, und daß, wenn das Risiko einer authority-Überschreitung nicht vom Prinzipal zu tragen sei, niemand sicher mit dem agent abschließen könne. Denn der Dritte sei ja nicht gezwungen, unter solchen Umständen mit dem agent abzuschließen; daher habe nicht der Prinzipal, sondern er dem agent besonderes Vertrauen entgegengebracht. Mit im wesentlichen gleicher Begründung hätte auch im Falle *Hatch v. Taylor*⁽⁷⁾ der Prinzipal statt des Dritten geschützt werden können: Wenn der Dritte, da die authority-Beschränkung ihm gegenüber geheimzuhalten war, keine Möglichkeit hatte, den wirklichen Umfang der authority festzustellen, hätte er von dem Geschäft Abstand nehmen müssen.

Wie oben im einzelnen ausgeführt, hat sich jedoch die Auffassung durchgesetzt, daß das Interesse des Dritten

vorgeht. Diese Auffassung beruht auf zwei Erwägungen: erstens, daß - vereinfacht ausgedrückt - bei einer Interessenkollision "im Zweifel" der Prinzipal die Folgen einer authority-Überschreitung des agent zu tragen habe; zweitens, daß der Schutz des Dritten im Interesse eines reibungslosen Geschäftsverkehrs liege.

Der erste Gedanke hat im law of agency eine lange Geschichte. Um die Spuren dieses Gedankens zurückzufolgen kann allerdings darauf verzichtet werden, bis in die angelsächsische Epoche zurückzugehen, in der die Anfänge der Stellvertretung - im weitesten Sinne - liegen.⁽¹⁰¹⁾ Für die hier interessierende Frage braucht nur erwähnt zu werden, daß das heutige principal-agent-Verhältnis seinen Ursprung im master-servant-Verhältnis hat, von dem es heute getrennt ist.⁽¹⁰²⁾ Gedankliche Grundlage des master-servant-Verhältnisses war die "fiction of identity", die sich bis heute im Stellvertretungsrecht noch nicht völlig vom Representationsgedanken hat verdrängen lassen.⁽¹⁰³⁾ Die ursprüngliche Identitätsfiktion beruhte auf der Erwägung, daß eigentlich jedermann seine Geschäfte selbst erledigen sollte, "... und es ist die besondere Gunst des Rechts, daß er (der master) die Macht, für ihn zu handeln, einem anderen delegieren kann; daher ist es auch angemessen, daß der master für seinen Substituten civiliter verantwortlich sein soll und daß die Handlungen innerhalb (in Ausübung) der authority als Handlungen des master erachtet werden."⁽¹⁰⁴⁾ Das galt für die deliktische Haftung ebenso wie für die schuldrechtliche. Im Falle *Hern v. Nichols*⁽¹⁰⁵⁾ verurteilte Lord Holt den master, dessen servant dem Kläger arglistig Stoffe minderwertiger Qualität geliefert hatte: "A mer-

(101) Vgl. dazu Würdinger S.20 ff., zum Zusammenhang zwischen Muntgewalt und Stellvertretung vgl. S.345 ff.

(102) Würdinger S.256; Langenbach S.7 m.w.Nachw.

(103) Vgl. Würdinger S.257 ff.; 2 Am.Jur.Agy. § 3; vgl. ferner oben S.32 f.

(104) Bacon's Abridgments Bd.IV S.583 K, deutsche Fassung bei Würdinger S.264.

(105) (1701), Holt, K.B.462.

chant is answerable for the deceit of his factor, though not criminaliter, yet civiliter, for, seeing that somebody must be a loser by this deceit, it is more reason that he who employs and puts trust and confidence in the deceiver should be a loser than a stranger."⁽¹⁰⁶⁾ Dieser elementare Gedanke der "Risikoverteilung jenseits echten Schuldvorwurfs",⁽¹⁰⁷⁾ der auch in dem aus deutschem Recht überlieferten § 278 BGB enthalten ist,⁽¹⁰⁸⁾ ist eine Ausprägung des estoppel-Gedankens, daß derjenige, der einem anderen eine Vertrauensaufgabe übertragen hat, später gutgläubigen Dritten gegenüber nicht geltend machen kann, dieser andere habe seine authority überschritten, also das ihm geschenkte Vertrauen mißbraucht: "What really creates the estoppel ... is the relation ... of principal and agent... It is really an instance of the application of the rule that when one of two innocent persons must suffer, the person who rendered it possible for the wrongdoer to do the wrong by reason of the trust he reposed in the wrongdoer should suffer rather than the person who suffers from the agent's having that opportunity..."⁽¹⁰⁹⁾

(106) So auch: Mitchell v. Troup (1766), Park.227; Baring v. Corrie (1818) 2.B.& Ald. 137; Wright v. Crooks (1840), 9 L.T.53; Atkinson v. Pocock (1848), 1 Exch. 796; Coleman v. Riches (1855), 16 C.B.104; Udell v. Atherton (1861), 7 H.& N. 172; Barwick v. English Joint Stock Bk. (1876), L.R. 2 Exch. 259; Mackay v. Commercial Bank of New Brunswick (1874), L.R.5. P.C.394; Weir v. Barnett (1877), 3 Ex. D.32; Pearson v. Dublin Corp. (1907), A.C.351; Lloyd v. Grace, Smith (1912) A.C.716; Indien: Sherjan Khan v. Alimuddi (1916), I.L.R. 43 Calc. 511; Doorga Narain Sen v. Baney, Madhub Mozoomdar (1881), I.L.R. 7 Calc. 199.

(107) Esser S. 350.

(108) Enneccerus-Lehmann, II, § 44 vor I; Palandt-Danckelmann § 278 Anm. 1.

(109) Frye v. Smellie, s.o.S.52. Formulierungen dieser Art sind in zahlreichen Entscheidungen enthalten, vgl. z.B. McNeil v. Tenth Nat. Bank, s.o.S.53; Island Trading Co. v. Berg Bros., 239 N.Y.233; Zendman v. Winston, 305 N.Y.180 (1953). - So meint auch Riezler (S.171), daß der vereinzelt vertretene Gedanke der Veranlassungshaftung im weitesten Sinne - nämlich daß der Schuldner schlechthin für alles einzustehen habe, was ungeachtet der Frage seines Verschuldens in seiner "Einfluß- oder wirkungssphäre" seinen Grund habe - in den Gedankenkreis der Unzulässigkeit des venire contra factum proprium gehöre. Über die Verwandtschaft zwischen estoppel und venire contra factum proprium s.o.S. 17 ff.

Die "agency-power" hat ihren Ursprung also letztlich in dem Prinzipal-agent-Verhältnis als Vertrauensverhältnis.⁽¹¹⁰⁾ In § 140 c des Restatement wird die agency power daher definiert als "power arising from the agency relationship and not dependent upon authority or apparent authority."⁽¹¹¹⁾

Die zweite Erwägung, die dazu führte, in Fällen dieser Art das Interesse des Dritten am Zustandekommen des Geschäfts zu schützen, ist die, daß so dem gesamtwirtschaftlichen Interesse am besten gedient sei. Denn ohne diese Regelung werde in den Fällen, in denen der Dritte die Pflichtgemäßheit der Handlungsweise des Vertreters nicht oder nur nach umfangreichen und schwierigen Ermittlungen prüfen könne, der nicht wünschenswerte Zustand eintreten, daß Geschäfte dieser Art, die durchaus im gesamtwirtschaftlichen Interesse liegen könnten, weitgehend vermieden würden. Entsprechendes gelte für die Fälle der general agency. Die fortwährende Rückfrage der Verhandlungspartner des agent beim Vertretenen hinsichtlich des genauen Umfangs der general authority sei mit dem eigentlichen Sinn der Übertragung von general authority unvereinbar.⁽¹¹²⁾

(110) Vgl. bes. Hand, J. in Kidd v. Edison, s.o.S.92 f.; agency als "fiduciary relationship"; Bowstead Art. 49; Words and Phrases Bd.16 S. 501 ff., 506 f.

(111) Vgl. auch Powell S. 68 zur Entscheidung Watteau v. Fenwick (s.o.S.103): "...even as in the master and servant cases, the policy of the law, or commercial expediency, places the burden on the principal merely because the person who acted was his agent." Vgl. auch Mechem § 111; Seavey S.201/202; "in agency cases the surmise of Lord Holt (s.o.) that it is better that the one who creates the situation... should suffer rather than the person who deals in good faith with the fiduciary is a good starting point... Anglo-American Law has gone far in permitting a person to achieve results through representatives. It is not unfair that within a limited field the principal should bear many of the losses which result."

(112) Vgl. Seavey S.202 und Hand, J., in Kidd v. Edison, s.o. S. 92 f.

3. A b s c h n i t t

DIE BEENDIGUNG DER AGENCY POWER

Die im Teil II erörterten Fälle sind dadurch gekennzeichnet, daß der Prinzipal dem agent eine special authority bestimmten Umfangs oder eine general authority erteilt hat, daß aber gewisse Beschränkungen dieser authority dem gutgläubigen Dritten gegenüber wirkungslos und damit allein für das Innenverhältnis von Bedeutung sind: Soweit die authority-Beschränkungen dem Dritten gegenüber wirkungslos sind, hat der agent, obwohl apparent authority nicht vorliegt, die power, den Prinzipal zu verpflichten. Diese sogenannte agency power des agent ist, wenngleich sie auch in ihrem Umfang über die authority hinausgeht, ohne das Vorhandensein von wirklicher (special oder general) authority nicht denkbar. Daraus folgt, daß die agency power erlischt, sobald die authority erlischt. Darüberhinaus erlischt die agency power - die über den Umfang der authority hinausgehende power -, sobald der Dritte nicht mehr gutgläubig ist, also von der authority-Einschränkung Kenntnis erlangt.⁽¹¹³⁾

(113) Zur Gutgläubigkeit im einzelnen s.u. Teil III.

4. A b s c h n i t t

DIE FÄLLE DER AGENCY POWER NACH DEUTSCHEM RECHT

1. Der Umfang der Vertretungsmacht des intern bevollmächtigten Vertreters

(1) Vollmachtsbeschränkungen und Weisungen (Instruktionen)

Ein der "agency power" entsprechender Begriff ist dem deutschen Recht fremd. Das der "agency power" zugrundeliegende Problem, unter welchen Voraussetzungen der intern bevollmächtigte Vertreter den Prinzipal durch pflichtwidrige Rechtsgeschäfte verpflichten kann, wird im deutschen Recht nur gelegentlich und nur im Zusammenhang mit der "Abstraktheit der Vollmacht" behandelt.

Nach der herrschenden Auffassung ist die Innenvollmacht ebenso wie die Außenvollmacht von dem ihr zugrundeliegenden Rechtsgeschäft unabhängig; die interne Bevollmächtigung ist ebenso wie die externe ein selbständiges (und einseitiges) Rechtsgeschäft. Daß die Innenvollmacht abstrakt ist, bedeutet, daß sie sowohl hinsichtlich ihrer Entstehung wie auch hinsichtlich ihres Umfangs vom Rechtsgeschäft⁽¹⁾ unabhängig ist.⁽²⁾ Die Unabhängigkeit im Umfang erschöpft sich in der Regel im rein Begrifflichen. Steht man von dieser begrifflichen Selbständigkeit ab, so kann man von Tuhr darin zustimmen, daß die Innenvollmacht in der Regel kausal ist.⁽³⁾ Der Grund dafür, daß bei der Innenvollmacht im Gegensatz zur Außenvollmacht Können und Dürfen in der Regel dem Umfang nach übereinstimmen, liegt auf der Hand. Bei der Außenvollmacht zwingen die verschiedenen Richtungen der beiden Willenserklärungen, des Prinzipals - Bevollmächtigung einerseits und Auftragsangebot andererseits - dazu, bei der Ausle-

(1) Das Tätigkeitsverhältnis wird der Einfachheit halber im folgenden als Auftrag bezeichnet.

(2) vgl. von Tuhr S. 384 ff.; Enneccerus-Nipp. § 184 III; Lehmann § 36 V 3; vgl. auch unten S. 132.

(3) S. 399.

gung von zwei verschiedenen Standpunkten auszugehen: die Vollmachtserteilung ist vom Standpunkt des Dritten aus auszulegen, "dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll" (§§ 167 Abs. 1, 133, 157 BGB). während bei der Auslegung des Auftragsangebots vom Standpunkt des Vertreters auszugehen ist. Bei der Innenvollmacht sind hingegen sowohl die Vollmachtserteilung als auch das Auftragsangebot vom Standpunkt des Vertreters aus auszulegen.⁽⁴⁾

Daher ist ein Unterschied im Umfang zwischen Vollmacht und Auftrag auf den Fall beschränkt, daß der Prinzipal dem Vertreter absichtlich eine über den Auftrag hinausgehende Vollmacht erteilt. Dieser Fall ist jedoch, wie sie aus den folgenden Ausführungen ergibt, sehr selten. Denn die Bevollmächtigung ist die Zustimmung des Prinzipals zu dem vom Vertreter abzuschließenden Rechtsgeschäft, d.h. die Erklärung, daß das Rechtsgeschäft unmittelbar für und gegen ihn wirken soll.⁽⁵⁾ Von einer über den Auftrag hinausgehenden Vollmacht könnte daher nur dann die Rede sein, wenn vom Standpunkt des Vertreters aus die Auslegung der Bevollmächtigung zu dem Ergebnis führte, daß der Prinzipal durch das Geschäft des Vertreters auch für den Fall der Auftragsüberschreitung gebunden werden wolle, also zumindest in Kauf nehme, durch das Geschäft verpflichtet zu werden. In der Regel würde es jedoch der Wirklichkeit widersprechen, wenn man in der Erklärung des Prinzipals an den Vertreter einen solchen Verpflichtungswillen sähe. Denn der Prinzipal will nur das Geschäft, das seinen Bedingungen entspricht.⁽⁶⁾

(4) Vgl. Lehmann § 36 V 4; von Tuhr S. 357, 398; Bauer-Mengelberg S. 16.

(5) von Tuhr S. 378, 215; Enneccerus-Nipp. § 184 II, § 204 I 2.

(6) vgl. oben S. 90 f. Ein ähnlicher Gedankengang liegt der Entscheidung BGHZ 34, 355 zugrunde, in welcher der BGH die Auffassung des Reichsgerichts, daß der die Fahruntüchtigkeit des Kraftfahrers kennende Fahrgast in die ihn möglicherweise treffende Körperverletzung bedingt einwillige, als wirklichkeitsfremd bezeichnet.

(2) Der Zusammenhang zwischen der Nachprüfungs-
möglichkeit des Dritten und der Vertretungsmacht

Auch dann, wenn der Prinzipal dem Vertreter unter-
sagt, einzelne Bedingungen dem Dritten mitzuteilen, weil
er diesem keinen Einblick in seine geschäftlichen Erwä-
gungen gestatten will, ist dem Vertreter, auf dessen Auf-
fassung es bei der Bestimmung des Inhalts der Innenvoll-
macht ja allein ankommt, in aller Regel klar, daß der
Prinzipal nicht verpflichtet werden will, wenn das abzu-
schließende Geschäft dessen geäußerten Absichten nicht
entspricht. Die "geheimen Weisungen" beschränken somit
auch die interne Vollmacht des Vertreters.

Es ist allerdings auch denkbar, daß Prinzipal und
Vertreter sich ausnahmsweise der rechtlichen Konsequenz
geheimer Weisungen bewußt sind⁽⁷⁾ und der Vertreter daher
annehmen darf, daß der Prinzipal für den Fall seiner -
des Vertreters - Weisungsüberschreitung in Kauf nehme,
auch durch ein pflichtwidrig abgeschlossenes Geschäft ge-
bunden zu werden. Nur dann würden die geheimen Weisungen
nicht auch die Vollmacht beschränken.

Wenn auch geheime Weisungen in der Regel die Innen-
vollmacht nicht beschränken, so bleibt noch die Frage
zu klären, ob der Vertreter nicht dennoch wie im anglo-
amerikanischen Recht die *M a c h t* hat, den Prinzipal
gegen dessen Willen zu verpflichten.

Levy (8) bietet unter Bezugnahme auf Enneccerus-Nipper-
dey zu dieser Frage die Lösung an, daß bei der Auslegung
auch der internen Vollmacht "die Stellung des Dritten"
berücksichtigt werden müsse: Wenn die interne Bevoll-
mächtigung auch nicht dem Dritten gegenüber erklärt werde,
so müsse doch berücksichtigt werden, daß sie "Dritten ge-
genüber wirken" solle. Levy hat seine Meinung nicht nä-
her begründet. Die Bezugnahme auf Enneccerus-Nipperdey

(7) Geheime Weisungen schränken, wie aus den nachfolgenden
Ausführungen hervorgeht, zwar in der Regel die Voll-
macht, nicht aber die Vertretungsmacht des intern be-
vollmächtigten Vertreters ein.

(8) S. 23.

läßt erkennen, daß er die Grundsätze über die Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen (§§ 133, 157 BGB) auch auf das Verhältnis zwischen dem Prinzipal und dem Dritten, mit dem der Vertreter handelt, anwenden will. Enneccerus-Nipperdey beschränken ihre Auffassung jedoch auf solche (auch nicht-empfangsbedürftige) Willenserklärungen, die noch unbestimmten Personen zur Kenntnis gelangen und ihnen gegenüber wirksam werden sollen, wie Vollmachtsurkunden, Wechsel, Inhaberschuldverschreibungen, Auslobungen, Vereinssatzungen u.s.w.⁽⁹⁾ Dabei handelt es sich jedoch stets um Erklärungen, die unmittelbar vom Erklärenden ausgehen; der Dritte, dem gegenüber die Erklärung wirken soll, darf sie so auffassen, wie sie sich ihm darstellt. In diesen Fällen liegt also ein vom Erklärenden ausgehender Rechtsscheintatbestand vor. Das ergibt sich aus der Entscheidung RGZ 127, 186.⁽¹⁰⁾ Dort handelte es sich um die Frage, welche Auswirkung die Eintragung einer Aktiengesellschaft in das Handelsregister auf die Auslegung der Erklärungen der Gründer im Gesellschaftsvertrag sowie für die Frage hat, ob den Gründern nach der Eintragung noch zugestanden werden könne, die Erklärungen anzufechten oder Nichtigkeitsgründe geltend zu machen. Das Reichsgericht entschied, durch die Eintragung der Gesellschaft seien die Erklärungen "nach außen auch der Allgemeinheit gegenüber abgegeben und (bildeten) die wesentlichen Grundlagen auch des Vertrauens Dritter.., die in Rechts-, insbesondere Kreditbeziehungen zur Gesellschaft treten...". Daher sei nach der Eintragung einem Gründer die Anfechtung wegen solcher Mängel versagt, die nur in seinen Beziehungen zu den Mitgründern wurzelten. Für die Auslegung des Gesellschaftsvertrages sei vom Standpunkt der Allgemeinheit auszugehen. Der von diesem "allgemeinen" Inhalt der Erklärung abweichende, im Gesellschaftsvertrag nicht verlautbarte Wille der Gründer sei daher im Verhältnis zu Dritten unbeachtlich.⁽¹¹⁾

(9) Allg. Teil, Marburg 1931, § 192 I 6, § 193 I 3. So auch 14. Aufl., § 105 I 6, § 106 I 3.

(10) Weitere Nachweise bei Enneccerus-Nipp. § 206 I 3 Anm. 9.

(11) Die von Enneccerus-Nipp. erwähnten Entscheidungen RGZ 149, 100 und 155, 28 sowie BGH NJW 1953, 21

Dieser Gedanke hat im Vertretungsrecht in § 172 Abs. 2 BGB gesetzlichen Ausdruck gefunden. Danach wird das Vertrauen des Dritten geschützt, dem der Vertreter die Vollmachtsurkunde vorlegt. Auf den Fall der nur mündlich erteilten Innenvollmacht läßt sich der Gedanke jedoch nicht anwenden, da es hier an einer Vertrauensgrundlage fehlt. (12)

Die Auffassung Levys ist also zu allgemein, um für die Lösung des Interessenkonflikts zwischen dem Prinzipal und dem Dritten bei der Innenvollmacht schlechthin - also auch bei der nur mündlich erteilten - verwertbar zu sein. Sie deutet aber auf den richtigen Ausgangspunkt hin, von dem aus das Problem zu lösen ist, nämlich die Beziehung zwischen der Nachprüfungsmöglichkeit des Dritten und der Vertretungsmacht des Vertreters.

In Literatur und Rechtsprechung wird die Frage, ob zwischen dem Umfang der Vertretungsmacht und der Möglichkeit des Dritten, die Pflichtgemäßheit der Handlungen des Vertreters nachzuprüfen, ein Zusammenhang besteht, nur vereinzelt und andeutungsweise behandelt.

Nach Meinung Hupkas⁽¹³⁾ sind die einer intern erteilten Vollmacht beigegebenen Einschränkungen "dem Dritten gegenüber zweifellos wirksam. Der Prinzipal kann sie dem Dritten ... ohne weiteres entgegenhalten... Denn es fehlt hier an der Zustimmung des Vertretenen zu diesem Geschäft, und ein schutzwürdiges Vertrauen des Dritten auf die Unbeschränktheit der Vollmacht liegt auch nicht vor, da ihm der Prinzipal weder durch Wort noch durch Tat Grund zu diesem Vertrauen gegeben hat. Wer sich aber bloß auf die Angaben des Vertreters über die Existenz und den Um-

betreffen Urkunden (Allgemeine Lieferungsbedingungen), die die Gesamtheit der Lieferungsverträge eines Unternehmens einheitlich regeln sollen und daher "typische Urkunden" sind. Bei ihrer Auslegung hat alles Zufällige des einzelnen Falles außer Betracht zu bleiben.

(12) Auf das Fehlen eines Vertrauensstatbestandes bei der mündlich erteilten Innenvollmacht weist auch Hupka (S. 201) hin.

(13) S.201; so auch von Tuhr S.398; Bauer-Mengelberg S. 16.

fang der Vollmacht verläßt, thut dies auf eigene Gefahr." Auf das Problem geheimer Weisungen geht er zwar nur im Zusammenhang mit der externen Vollmacht ausdrücklich ein, doch will er anscheinend auch für die interne Vollmacht eine geheime Weisung, weil als bloße Instruktion gewollt, nicht als Vollmachtbeschränkung gelten lassen.⁽¹⁴⁾

Von Thur sieht geheime Beschränkungen nicht als Einschränkung der Vertretungsmacht an: Da solche Beschränkungen nach dem Willen des Prinzipals nicht für den Dritten bestimmt seien, dem der Prinzipal keinen Einblick in seine geschäftlichen Erwägungen gestatten will, wirkten sie sich nur auf das obligatorische Verhältnis zwischen Prinzipal und Vertreter aus.⁽¹⁵⁾ Nach Meinung von Tuhrs bewirkt also die dem Vertreter erklärte Absicht des Prinzipals, die Beschränkung dem Dritten vorzuhalten, daß nur die Vertretungsbefugnis, nicht aber die Vertretungsmacht beschränkt wird. Von Tuhr hat den Gedanken nicht weitergeführt. Entscheidend ist nämlich, daß ein Prinzipal, der nicht will, daß der Dritte von einzelnen Beschränkungen der Vertretungsbefugnis Kenntnis erhält, dem Dritten damit die Möglichkeit nimmt, den wirklichen Umfang der intern erteilten Vertretungsbefugnis und der Vollmacht festzustellen. Daraus folgt, daß der Prinzipal dem gutgläubigen Dritten nicht vorhalten kann, er habe es unterlassen, sich nach dem Bestehen der Vollmachtbeschränkung zu erkundigen.⁽¹⁶⁾

Auch wenn der Prinzipal den Vertreter - in der Regel stillschweigend - anweist, nur ein solches Rechtsgeschäft abzuschließen, das in seinem Interesse liegt, oder beim Abschluß mit größtmöglicher Sorgfalt vorzugehen, handelt es sich um Weisungen, die nur das Innenverhältnis zwischen ihm und dem Vertreter betreffen. Hupka hält das offensichtlich für selbstverständlich, obwohl der Prinzipal

(14) S. 217, 223 mit Anm. 2.

(15) S. 400; er meint also "instructions not to be communicated" i.S. v. § 160 des Restatement.

(16) vgl. oben S. 78.

doch in der Regel in seiner Erklärung an den Vertreter unmißverständlich zum Ausdruck bringt, daß er diese Anweisungen als Vollmachtsbeschränkungen aufgefasst haben will, daß also die Vollmacht kein Rechtsgeschäft decken soll, das seinem Interesse widerspricht. Wenn also der Wille des Prinzipals, die Vollmacht so zu begrenzen, dem gutgläubigen Dritten gegenüber unbeachtlich ist, dann kann das nur darin seinen Grund haben, daß bei der Bestimmung des Umfangs der Vertretungsmacht des intern bevollmächtigten Vertreters die "Stellung des Dritten" zu berücksichtigen ist.⁽¹⁷⁾ So hat auch das Reichsgericht⁽¹⁸⁾ entschieden, daß die Frage, ob das vom Vertreter geschlossene Geschäft im Interesse des Prinzipals liege oder nicht, an sich nur das Innenverhältnis berühre. Später hat das Reichsgericht diesen Gedanken noch deutlicher ausgesprochen.⁽¹⁹⁾ Danach enthielt eine Generalvollmacht, die nach dem ausdrücklich erklärten Willen des Prinzipals nur Geschäfte einschließen sollte, die in seinem Interesse liegen, "keine Einschränkung der Vertretungsmacht gegenüber Dritten.., (weil) die Vollmacht sonst im Rechtsverkehr wertlos wäre, da Fremde meist nicht prüfen könnten, ob die Geschäfte objektiv oder subjektiv im Interesse des Machtgebers lägen." Hier ist also der Gedanke deutlich zum Ausdruck gelangt, daß die fehlende Nachprüfungsmöglichkeit die Nachprüfungspflicht beseitigt, und daß unter solchen Umständen gegen den er-

(17) Vgl. auch Hupka S.179: "Ist eine die Vollmacht einschränkende Bestimmung unklar oder unpräzise gefaßt, so braucht sie der Dritte nicht zu berücksichtigen." Unklar und unpräzise ist, wie sie aus seinem Hinweis auf RG Seuff.A.18 Nr.134 ergibt, z.B. die Auflage an den Vertreter, nur "ganz gute" Ware zu kaufen. Dieses Qualitätsmerkmal, so heißt es in der Entscheidung, berühre lediglich das interne Verhältnis, nicht aber den Umfang der Vertretungsmacht, da die "Einschränkungen, um den dritten Kontrahenten zu binden, eine für diesen bestimmt unterscheidbare, also nach allgemeinen und objektiven Merkmalen erkennbare Grenzlinie aufstellen müssen." Auch hier wird also, von der Stellung des Dritten ausgehend, nach objektiven Gesichtspunkten entschieden, daß die Beschränkung eine bloße Instruktion ist.

(18) RGZ 71, 219 ff.

(19) HRR 31 Nr. 1037, JW 31, 2229.

klärten Willen des Prinzipals, die Vollmacht zu beschränken, eine nur im Innenverhältnis wirksame Einschränkung vorliegt.⁽²⁰⁾ In diesem Zusammenhang sei die ältere Entscheidung RGZ 20, 53 (1887) erwähnt, in der das Reichsgericht im Ergebnis die in der amerikanischen Rechtsprechung herrschende Auffassung vertritt, die den §§ 171, 172, 173 des Restatement zugrundeliegt.

Die Beklagten machten als legitimierte Inhaber von Konossementen gegen den Kläger, einen Reeder, Ansprüche wegen eines im Bestimmungshafen nicht ausgelieferten Postens Baumwolle geltend. Der Kläger berief sich darauf, daß seine Agenten in New Orleans die Konossemente über einen Posten ausgestellt hätten, der nicht an Bord genommen, sondern noch an Land durch Feuer vernichtet worden sei; die Agenten hätten die Konossemente vollmachtlos ausgestellt.⁽²¹⁾ Das Reichsgericht sah den Einwand des Klägers als unbegründet an, da er "aus dem in seinem Namen innerhalb der durch die Vollmacht gezogenen formellen Grenze abgeschlossenen Rechtsgeschäft dem dritten Kontrahenten gegenüber ohne Rücksicht darauf haftet, ob der Bevollmächtigte sachlich angemessen und den Interessen des Vollmachtgebers entsprechend gehandelt hat... (so daß)... die Berufung des Klägers auf etwaige, Dritten nicht erkennbare beschränkende Instruktionen den Konossementsinhabern gegenüber unzulässig sei... Denn der Umstand, daß ... die Ablader die Ausstellung eines Konossements erst nach der wirklichen Verladung der Güter verlangen konnten, und daß das hier fragliche Konossement zu einer Zeit ausgestellt ist, wo ... diese noch nicht erfolgt war, ist... unerheb-

-
- (20) Solche Anweisungen beschränken auch dann nicht die Vertretungsmacht, wenn der Prinzipal den Vertreter ausdrücklich darauf hinweist, daß er sie als Vollmachtsbeschränkungen verstanden haben will, oder wenn er sie in die Vollmachtsurkunde annimmt, die dem Dritten später vorgelegt wird (so in RG HRR 31 Nr.1037) oder wenn er sie dem Dritten unmittelbar mitteilt.
- (21) Der Einwand mangelnder Vertretungsmacht ist ein gegenüber dem legitimierten Inhaber zulässiger Gültigkeits-einwand, vgl. §§ 647, 650, 364 Abs. 2 HGB, Baumbach-Duden, § 364 HGB, Ann. 3 B.

lich, da der vom Reeder dem Publikum als zur Ausstellung der Konossemente überhaupt legitimiert bezeichnete Agent den Reeder - jedenfalls dem ... dritten Inhaber des Konossements gegenüber - durch die Ausstellung ... auch dann verpflichtet, wenn der Ablader dieselbe noch nicht verlangen konnte..." (22)

Von Tuhr⁽²³⁾ geht auf den Zusammenhang zwischen der Nachprüfungsmöglichkeit des Dritten und der Verpflichtung des Prinzipals nur andeutungsweise ein. Bei der Behandlung der Abstraktheit der internen Vollmacht führt er aus, die Anweisung des Prinzipals an den Vertreter, eine Sache "bestens" zu verkaufen, sei keine Vollmachtsbeschränkung, sondern lediglich eine Instruktion, die nur eine "Diligenzpflicht" im Auftragsverhältnis begründe; ein Verkauf sei auch dann durch die Vollmacht gedeckt, wenn der Vertreter bei größerer Aufmerksamkeit oder Geschäftserfahrung einen höheren Preis hätte erzielen können. Er geht nicht darauf ein, daß der Prinzipal in einem solchen Falle dem Vertreter kaum erklären wird, daß er auch einen nicht "bestens" ausgehandelten Vertrag in Kauf nehmen werde, daß die Auflage daher nur im Innenverhältnis gelte. Auch eine solche Anweisung ist in der Regel als Vollmachtsbeschränkung gewollt. Sie gilt aber Dritten gegenüber nicht als Vollmachtsbeschränkung, weil es diesen unmöglich ist oder zumindest nicht zugemutet werden kann zu prüfen, ob der Vertreter bei größerer Aufmerksamkeit und Erfahrung einen für den Prinzipal günstigeren Preis erzielen konnte. Ist demnach die Aufklärung dem Dritten tatsächlich unmöglich oder ist sie so schwierig oder umständlich, daß sie bei vernünftiger Beurteilung als praktisch unmöglich bezeichnet werden kann, so ist der Dritte von seiner Nachprüfungspflicht befreit. War er von der Nachprüfungs-

(22) Das RG hat das deutsche Recht als das am Bestimmungsort des Schiffes geltende angewandt. Es brauchte daher nicht auf die - zur damaligen Zeit zutreffende (Grant v. Norway; Friedländer v. Texas & Pacific Ry, s.o. S.87)) - Behauptung des Klägers einzugehen, nach anglo-amerikanischem Recht werde der Prinzipal durch ein von seinem Agent über nicht erhaltene Güter ausgestellttes bill of lading nicht verpflichtet.

(23) S. 399.

pflicht befreit, dann kann ihm kein Nachteil erwachsen, wenn er gar nicht erst den Versuch der Nachprüfung unternommen hat. Was nicht nachprüfbar ist, ist also nur im Innenverhältnis zwischen Prinzipal und Vertreter von Bedeutung, nicht aber im Außenverhältnis. Der abweichende Wille des Prinzipals ist unbeachtlich.

Ist es andererseits dem Dritten ohne weiteres möglich nachzuprüfen, ob der Vertreter pflichtgemäß handelt, so kann der Prinzipal die Pflichtwidrigkeit dem Dritten entgegenhalten. Daher ist in dem Beispiel von Tuhrs⁽²⁴⁾ - der Prinzipal P erteilt dem Vertreter V intern "unbeschränkte" Vollmacht zum Ankauf eines Grundstücks, macht ihm aber gleichzeitig zur Pflicht, ein Grundstück von bestimmter Beschaffenheit zu erwerben und nicht mehr als einen bestimmten Preis zu bieten - die Vertretungsmacht des mündlich bevollmächtigten Vertreters nur dann "unbeschränkt", wenn die Anweisungen, die Beschaffenheit und Preis betreffen, nicht nachprüfbar waren, d.h. entweder geheimzuhalten waren oder eine für den Dritten "bestimmt unterscheidbare, also nach allgemeinen und objektiven Merkmalen erkennbare Grenzlinie" vermissen lassen.⁽²⁵⁾ Andernfalls wird der P durch das Rechtsgeschäft, das den dem V bekannten Absichten des P zuwiderläuft, nicht verpflichtet. Hatte also in dem Beispiel von Tuhrs P den V angewiesen, ein Grundstück von höchstens 500 m² für nicht mehr als 20 DM/m² zu erwerben, so war die Vollmacht - von dem hier unwahrscheinlichen Sonderfall abgesehen, daß P dem V die Geheimhaltung der Bedingungen befohlen hatte - durch die Anweisungen beschränkt.

Entsprechendes gilt für die Meinung Hupkas,⁽²⁶⁾ daß P dadurch, daß er dem V eine Vollmachtsurkunde ausgehändigt hat, in der bestimmte mündlich auferlegte Beschränkun-

(24) Olb.-R. 1. Hbd. S.293/294.

(25) RG SeuffA. 18 Nr. 134, s.o. Anm.18. Hätte in dem Beispiel von Tuhrs P dem V eine Vollmachtsurkunde ausgehändigt, so würde das unten zu Anm. 27 Ausgeführte gelten.

(26) S. 217.

gen nicht enthalten sind, ohne weiteres nach Maßgabe der Urkunde Vollmacht erteilt und den mündlichen Beschränkungen nur den Charakter von Weisungen gegeben habe. Auch hier kommt es auf die Auslegung der Erklärung des P an V an. Ergibt sich dabei z.B., daß P es lediglich der Einfachheit halber oder aus Vergeßlichkeit oder Gleichgültigkeit unterlassen hatte, die mündlich auferlegten Beschränkungen in die Urkunde aufzunehmen, so ist die Vollmacht nach Maßgabe der mündlichen Einschränkungen begrenzt. Legt V die Urkunde allerdings dem gutgläubigen Dritten vor, (27) so richtet sich seine Vertretungsmacht nach dem Inhalt der Urkunde (§ 172 Abs. 2 BGB). Er hat in diesem Umfange Vertretungsmacht, weil die Urkunde den Anschein einer nach Maßgabe ihres Wortlauts erteilten Vollmacht hervorruft, nicht aber, wie Hupka meint, weil der Prinzipal nach Maßgabe der Urkunde (wirklich) Vollmacht erteilt habe. (28)

Hat dagegen P die Beschränkungen nicht in die Urkunde aufgenommen, um sie dem Dritten vorzuenthalten, so trifft die Auffassung Hupkas zu: V hat nach Maßgabe des Inhalts der Urkunde Vertretungsmacht, und zwar auch dann, wenn er sie nicht vorlegt.

(3) Die Konstruktion der Vertretungsmacht bei nicht nachprüfbaren Vollmachtsbeschränkungen

Das Ergebnis, daß nicht nachprüfbare Beschränkungen, die der Prinzipal dem Vertreter auferlegt, dem gutgläubigen Dritten gegenüber wirkungslos sind, läßt sich weder unmittelbar aus dem Wortlaut des Gesetzes noch auf Grund des Abstraktheitsprinzips (29) noch vom Gedanken des Rechts Scheins her gewinnen. Es kann schließlich auch nicht einfach damit begründet werden, daß der Dritte zur Nachprüfung nicht in der Lage und demzufolge zur Nachprüfung

-
- (27) V muß die Urschrift vorlegen, die bloße Bezugnahme auf sie genügt nicht, RGZ 97, 275; vgl. ob. S. 80/81.
- (28) Für den vertrauenden Dritten "gilt" die Vollmacht als nach Maßgabe der Urkunde erteilt. Für die Auslegung der Urkunde haben außerhalb der Urkunde liegende Umstände außer Betracht zu bleiben.
- (29) Die erörterten Fälle sind ja gerade dadurch gekennzeichnet, daß die dem Vertreter mitgeteilten Weisungen auch die ihm intern erteilte Vollmacht beschränken.

auch nicht verpflichtet gewesen sei. Fällt die Möglichkeit der Nachprüfung weg, so folgt rechtlich daraus zwar ohne weiteres, daß auch die Pflicht zur Nachprüfung entfällt; nicht aber folgt daraus ohne weiteres, daß der Prinzipal dem Dritten nicht dennoch entgegenhalten kann, daß der Vertreter die Vollmacht überschritten hat. Denn nach den §§ 164 ff BGB wirkt die Willenserklärung des Vertreters nur dann für und gegen den Prinzipal, wenn der Vertreter sie innerhalb der Vollmacht oder der Scheinvollmacht abgegeben hat. Der Interessenkonflikt zwischen Prinzipal und Drittem kann mithin nur dann zu Ungunsten des Prinzipals gelöst werden, wenn diesem die ihm "an sich" zustehende Berufung auf die Vollmachtlosigkeit versagt ist.

Hier drängt sich der Gedanke der Unzulässigkeit des gegen Treu und Glauben verstoßenden Verhaltens auf: Der Verstoß gegen Treu und Glauben könnte darin liegen, daß der Prinzipal, indem er sich auf seine formale, ihm nach dem Gesetzeswortlaut an sich zustehende Rechtsstellung stützt, sich mit seinem früheren Verhalten - der Auferlegung nicht nachprüfbarer Beschränkungen - in Widerspruch setzt. (30)

Es bedarf keiner Erörterung, daß das *venire contra factum proprium* nicht schlechthin unzulässig ist. Es ist vielmehr bald unzulässig⁽³¹⁾ und bald zulässig⁽³²⁾,

-
- (30) Hier kann es sich also nicht um unzulässige Rechtsausübung, d.h. die unzulässige Verwirklichung des Inhalts eines "Rechts" - z.B. des Eigentums - handeln, vgl. Soergel-Siebert, Vorbem. I 2 vor § 226 sowie Anm. C I 1 und C III 1 zu § 242.
- (31) z.B. beim geheimen Vorbehalt nach § 116 S. 1 BGB, vgl. Riezler S. 121. Zu den vom Gesetz nicht unmittelbar geregelten Fällen der Unzulässigkeit s. Soergel-Siebert § 242 Anm. C. Bei den typischen Situationen handelt es sich (wie beim *estoppel in pais*) vor allem darum, daß der andere Teil aus dem früheren Verhalten auf eine bestimmte Sach- u. Rechtslage vertrauen konnte und sich darauf eingerichtet hat (vgl. Soergel-Siebert § 242 Anm. C I 4, Riezler S. 131). Das bedeutet natürlich nicht, daß sich aus § 242 ein all-gemeingültiges Vertrauensprinzip ableiten ließe (vgl. Esser S. 372) oder daß der Widerspruch mit dem eigenen früheren Verhalten nur dann unzulässig wäre, wenn ein Vertrauenstatbestand vorliegt.
- (32) z.B. bei der Anfechtung nach §§ 119 ff BGB, vgl. Riezler S. 111.

und zwar je nach der Bewertung der konkurrierenden Interessen.⁽³³⁾

Der Zusammenhang zwischen der Nachprüfungspflicht des Dritten und der Vertretungsmacht des Vertreters ist - allerdings nicht ausdrücklich - in den §§ 170 ff, 370 BGB zum Ausdruck gelangt. Die hier gesetzlich geregelten Fälle der Scheinvollmacht beruhen auf dem Gedanken, daß dem Dritten die Nachprüfung der Vollmacht nicht zuzumuten ist, wenn das Verhalten des Prinzipals nach der Verkehrsauffassung auf Bestehen der Vollmacht schließen läßt.⁽³⁴⁾ Weil der Prinzipal den Anscheinstatbestand hervorgerufen und der Dritte sich auf ihn verlassen hat, liegt ein unzulässiges venire contra factum proprium vor, wenn er dem Dritten nunmehr vorhält, nicht nachgeprüft zu haben.⁽³⁵⁾

Daraus läßt sich unabhängig vom Rechtsscheingedanken der noch allgemeinere Gedanke ableiten, daß der Prinzipal, der durch sein eigenes Verhalten verursacht hat, daß dem Dritten die Nachprüfung unzumutbar war, sich zu diesem früheren Verhalten in Widerspruch setzt, wenn er dem Dritten die unterlassene Nachprüfung vorhält.⁽³⁶⁾ Daher liegt ein unzulässiges venire contra factum proprium auch dann vor, wenn zwar kein Anscheinstatbestand vorlag, aber dem Dritten die Nachprüfung deshalb unzumutbar war, weil sie entweder von vornherein unmöglich oder wegen besonderer Schwierigkeiten so gut wie unmöglich war.

Im Ergebnis führt die Anwendung des § 242 BGB hier dazu, daß der Vertreter Vertretungsmacht hat, den Prinzipal zu verpflichten. Die Vertretungsmacht ist ebenso "wirklich" (real power) wie die auf der Anscheinsvoll-

(33) Riezler S. 131.

(34) Palandt-Danckelmann, § 173 Anm.4; auch oben S. 62 mit Anm. 84. Soweit das Gesetz den Umfang der Vertretungsmacht festgelegt hat (§§ 50, 54, 55 HGB), hat es aus anderem Grunde ebenfalls mittelbar die Entscheidung getroffen, daß der Dritte von der Pflicht zur Nachprüfung befreit ist, vgl. dazu unten S. 127 f.

(35) Daher beruht die Anscheinsvollmacht letztlich auf § 242 BGB; vgl. Rspr. des BGH, s.o.S. 70/71.

(36) Dieser Gedanke liegt auch der amerikanischen Entscheidung Hatch v. Taylor zugrunde, s.o.S. 78.

macht beruhende. Aus § 242 ergibt sich ferner, daß die Vertretungsmacht entfällt, wenn der Dritte bösgläubig ist.

2. Die "agency power" des "general agent" nach deutschem Recht

Für die intern erteilte Generalvollmacht gelten, wenn man von den Fällen mit gesetzlich festgelegtem Vollmachtsumfang absieht, keine anderen Regeln als für die Spezialvollmacht. Sie wird durch Verbote beschränkt, die der Prinzipal dem Vertreter im konkreten Einzelfalle auferlegt, sofern nicht nach außen der Anschein unbeschränkter Generalvollmacht besteht.⁽³⁷⁾ Das ist auch dann so, wenn - abgesehen vom Fall der hier nicht interessierenden unwiderruflichen Vollmacht - der Prinzipal die interne Generalvollmacht auf längere Zeit erteilt, um sie beispielsweise für weitere Aufträge zu verwenden. Geht der neue Auftrag weniger weit als der erste, anlässlich dessen die Generalvollmacht erteilt wurde, dann wird auch die Vollmacht entsprechend beschränkt.⁽³⁸⁾ Nur soweit der Prinzipal die Vollmacht nicht ausdrücklich oder stillschweigend spezialisiert hat, richtet sie sich nach der objektiven Natur des in Betracht kommenden Geschäftskreises.⁽³⁹⁾ Im anglo-amerikanischen Recht richtet der Umfang der Vertretungsmacht des general agent sich auch dann nach dem "general scope of the business", wenn der Prinzipal die authority in dieser oder jener Hinsicht beschränkt hat. Allerdings sind die praktischen Auswirkungen dieses grundsätzlichen Unterschiedes sehr gering. Denn im Wirtschaftsleben geht der Umfang der Vertretungsmacht in der Regel über die dem Vertreter intern erteilten Beschränkungen hinaus, weil es sich um Fälle des gesetzlich festgelegten Umfangs der Vertretungsmacht handelt oder weil die Voraussetzungen der Scheinvollmacht vorliegen.

(37) Hupka, S.192, 177 ff.

(38) Die in dieser Hinsicht von Bauer-Mengelberg (S.18) erwähnten Möglichkeiten beziehen sich anscheinend alle auf den Fall der externen, öffentlich bekanntgemachten oder unter Aushändigung einer "Generalvollmachtsurkunde" erteilten Generalvollmacht.

(39) Hupka S. 189

So erstreckt sich die Haftung des Prinzipals - auch des Minderkaufmanns⁽⁴⁰⁾ - nach § 54 HGB trotz etwaiger allgemeiner oder besonderer Beschränkungen auf sämtliche Geschäfte, die "within the general scope of the business" liegen, d.h. die der Betrieb eines derartigen Handelsgewerbes oder die Vornahme derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt (§ 54 Abs.1 HGB). Daher würde z.B. in den Fällen Smith v. M'Guire,⁽⁴¹⁾ Thurber v. Anderson⁽⁴²⁾ und RA § 161, Illustration 3,⁽⁴³⁾ die Entscheidung nach deutschem Recht nicht anders ausfallen.

Demgegenüber geht die Prokura in ihrem Umfang über den "general scope of the business" hinaus. Sie erstreckt sich - von den Einschränkungen des § 49 Abs.2 HGB abgesehen - auf alle Geschäfte, die der Betrieb i r - g e n d e i n e s Handelsgewerbes mit sich bringt, und zwar auch dann, wenn die "general authority" auf die Geschäfte des in Betracht kommenden Gewerbes beschränkt ist (§ 49 Abs.1 HGB).⁽⁴⁴⁾

Der grundlegende Unterschied zwischen der anglo-amerikanischen und der deutschen Regelung vermindert sich weiter dadurch, daß der Dritte sich auf den auf öffentlicher Bekanntmachung nach § 171 Abs.1 BGB beruhenden Anschein unbeschränkter Vollmacht auch dann berufen kann, wenn die öffentliche Kundgabe für sein rechtsgeschäftliches Handeln nicht ursächlich war.⁽⁴⁵⁾ Diese Auffassung lag auch der früheren Rechtsprechung in England und Amerika zugrunde, wonach ein "holding out to the world" auch dann apparent authority begründete, wenn ein "holding out" gegenüber dem jeweiligen Geschäftsgegner des agent nicht vorlag.⁽⁴⁶⁾

(40) Baumbach-Duden, § 54 HGB Anm. 1 C.

(41) s.o.S. 95.

(42) s.o.S. 98.

(43) s.o.S. 99.

(44) vgl. Gierke S. 131.

(45) s.o.S. 47 u. 63. Die öffentliche Bekanntmachung kann z.B. in der Eintragung in das Handelsregister oder darin liegen, daß der Prinzipal einen Angestellten längere Zeit in einem öffentlichen Warenlager Verkäufe tätigen läßt (RGRK. § 171 Anm.1; RG Recht 23 Nr.1026).

T E I L I I I

DIE GUTGLÄUBIGKEIT DES DRITTEN

1. Anglo-amerikanisches Recht

(1) Kenntnis (notice) vom Mangel der authority

Wie eingangs erwähnt,⁽¹⁾ hat der agent die Macht (power), den Prinzipal gegen dessen Willen zu verpflichten, weil die "public policy" den Schutz des redlichen Dritten verlangt. Nach der herrschenden Auffassung ist die Redlichkeit des Dritten eine von mehreren Voraussetzungen, von denen die Entstehung der power abhängt. Der agent hat daher keine power, wenn der Dritte unredlich ist. Das gilt für die Fälle der apparent authority ebenso wie für die der agency power.⁽²⁾

Der Dritte ist redlich, wenn er den Mangel der authority weder kannte noch kennen mußte. Die Merkmale "Kennen" und "Kennenmüssen" werden nach dem herrschenden Sprachgebrauch unter dem Begriff "notice" zusammengefasst.⁽³⁾ Für die Frage, ob der Dritte den Mangel der authority kennen mußte, gilt grundsätzlich ein objektiver Maßstab: Es kommt auf die Einsichtsfähigkeit eines Durchschnittsmenschen an (ordinary prudence and intelli-

(1) s.o.S. 11 f.

(2) st.Rspr. und h.M., vgl. Powell S.82; 2 Am.Jur.Agy. § 102; RA §§ 160, 161, 165, 166, 171, 194; Rinck (S. 123/124) weist zur apparent authority zutreffend darauf hin, daß der Umfang der Vertretungsmacht des agent vom guten Glauben des jeweiligen Geschäftsgegners abhängt und daß damit die Frage des Mißbrauchs der Vertretungsmacht gelöst sei; denn kannte der Dritte die Pflichtverletzung oder mußte er sie erkennen so sei das Geschäft ohne Vertretungsmacht geschlossen.

(3) vgl. RA § 9 comment b. Danach hat jemand "notice" von einer Tatsache", ...if he has knowledge or reason to know of it, should know of it, or has been given a notification of it." Das Restatement macht einen Unterschied zwischen den Merkmalen "reason to know" und "should know", auf den hier nicht eingegangen zu werden braucht. Sie können unter dem Begriff "Kennenmüssen" zusammengefasst werden.

gence). Das ist jedoch nur die Mindestanforderung; denn gegebenenfalls kommt es auf die überdurchschnittliche Einsichtsfähigkeit (superior intelligence) des Dritten an.⁽⁴⁾

(2) Kollusion

Der Kollusionstatbestand (collusion) setzt im law of agency voraus, daß der agent und der Dritte bewußt zum Nachteil des Prinzipals zusammenwirken; doch ist der Tatbestand auf den Fall beschränkt, daß der Dritte den agent durch Zuwendung eines Vermögensvorteils besticht. Wegen der besonderen Interessenlage ist in Abweichung von der zu (1) erwähnten Regel das Geschäft zustandegekommen; der agent hatte also die power, den Prinzipal zu verpflichten. Der Prinzipal kann jedoch entweder das Geschäft anfechten⁽⁵⁾ oder es statt dessen bei der Wirksamkeit des Geschäfts belassen und neben der Erfüllung Schadensersatz verlangen: Es wird unwiderlegbar vermutet, daß er in Höhe des Schmiergeldes (bribe) oder des sonstigen Vermögensvorteils, mit dem der Dritte den agent bestochen hat, geschädigt worden ist, d.h. daß die ihm von Rechts wegen zukommende Leistung aus dem Geschäft um den Wert der Zuwendung an den agent vermindert worden ist; der Dritte und der agent haften gesamtschuldnerisch (jointly and severally).⁽⁶⁾

-
- (4) RA § 9 comment c. Der Dritte hat "notice", wenn er wissen mußte, daß der agent in seinem eigenen Interesse handelte; er hätte sich sagen müssen, daß der Prinzipal das Geschäft nicht wünsche; RA § 166 comment a; Reckitt v. Nunburnholme (1929), 45 T.L.R. 629 m.w. Nachw.
- (5) Panama & South Pacific Telegraph Co. v. India Rubber, Gutta-percha & Telegraph Works Co. (1875), 10 Ch.App. 515; Smith v. Sorby (1875), 3 Q.B.D. 552; Barry v. Stoney Point Canning Co. (1917), 55 S.C.R. 51 (CAN.); Garlick v. Lake Shore Lumber Co., 220 Mich. 179, 189 N.W. 1009 (1922). Weitere Nachw.: 1 Digest 1635 ff., 1635 (i) ff.; Powell S.257; Bowstead Art.111; Jenks Art.536, Tilmany § 112.
- (6) Industries & General Mortgage Co.Ltd. v. Lewis (1949), 2 All E.R.573; vgl. auch Harrington v. Victoria Graving Dock Co. (1878), 3 Q.B.D. 549; Indra Nath Bauerjee v. Rooke (1909), 1 L.R. 37 Cal. 81 (IND.); Lemieux v. Seminary of St. Sulpice (1912), 18 R.L.N.S. 434 (CAN.);

Wenn die "public policy" in diesem Falle dem agent die power gibt, den Prinzipal zu binden, obwohl der Dritte die Pflichtwidrigkeit des agent kennt, dann beruht das auf der Erwägung, daß so dem Interesse des Prinzipals am meisten gedient ist: Wenn er an dem pflichtwidrig zustandegekommenen Geschäft interessiert ist, kann er so in den Genuß der gesamten Leistung kommen, die der Dritte aufzuwenden gewillt war.

(3) Die Ansicht Persons zum "Mißbrauchstatbestand"

Nach der oben erwähnten herrschenden Auffassung wird der Prinzipal - vom Sonderfall der Kollusion abgesehen - nicht gebunden, wenn der Dritte wußte oder wissen mußte, daß der agent authority-widrig handelte. Da dem agent die power wegen der Redlichkeit des Dritten durch die Rechtsordnung (by legal rule) verliehen wird,⁽¹⁾ daß die power also zu bestehen aufhört, sobald der Dritte nicht mehr gutgläubig ist, kann bei dessen Unredlichkeit von einem "Mißbrauch der power" durch den agent nicht die Rede sein. Person vertritt jedoch eine andere Meinung.⁽⁷⁾ Er macht einen Unterschied zwischen der auf apparent authority beruhenden power und der "agency power" und meint, die erstere höre zu bestehen auf, sobald der Dritte von dem Mangel der authority Kenntnis habe. Die letztere bestehe jedoch auch dann weiter, wenn der agent gegen die ihm im Innenverhältnis (right-duty-relation) aufgetragene Pflicht verstoße und der Dritte von der pflichtwidrigkeit

weit. Nachw. 1 Dig. 1601 ff., 1601 (i) ff.; U.S. Rolling Stock Co. v. Railroad Co., 34 Ohio St. 450, 32 Am. Rep. 380 (1878); City of Findlay v. Pertz, 66 F. 427 (1895), Powell S. 256 f; Bowstead Art. 111; Tiffany § 112. - City of Boston v. Simmons, 150 Mass. 461, 23 N.E. 210 (1890): "The abuse of trust of which the agent is guilty with... (the other's) knowledge and co-operation is a wrong, for which both are liable, as the injury to the principal is the result of their combined action." - In RGZ 136, 360 nahm das RG an, daß eine tatsächliche Vermutung bestehe, daß heimliche Zuwendung an Vertreter die Geschäftsbedingungen zu Ungunsten des Prinzipals beeinflussen.

(7) s.o.S. 89.

Kenntnis habe. In diesem Falle mißbrauche der agent die ihm "erteilte" power. Wie die frühere deutsche Auffassung zum Mißbrauch der Vollmacht kommt Person dann zu dem Ergebnis, daß der Dritte unter diesen Umständen aus dem Geschäft keine Rechte herleiten könne: "...the third party does not fail because the agent lacked power. He fails because he knows that the agent, having power, is abusing it in violation of his duty to his principal. The third party in such an event would be a participant in the agent's breach of duty. The agent is a fiduciary and there is a well settled doctrine applicable in both agency and trust to the effect that one who participates in a breach of duty by a fiduciary cannot have the fruits of the bargain." (8)

2. Deutsches Recht

(1) Die der apparent authority entsprechenden Fälle der Scheinvollmacht und der Außenvollmacht

a. Scheinvollmacht

Die oben beschriebenen Fälle der apparent authority stellen sich nach deutschem Recht, wie oben im einzelnen dargelegt, entweder als Fälle der Scheinvollmacht oder als Fälle der vom Grundverhältnis unabhängigen Außenvollmacht dar. (9)

Die Scheinvollmacht besteht, solange der Dritte gutgläubig (redlich) ist. Er ist gutgläubig, wenn er den Mangel der Vollmacht weder kannte noch kennen mußte. Er mußte ihn kennen, wenn seine Unkenntnis darauf beruht, daß er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen hat. (10)

(8) § 154 unter Hinweis auf die Rechtsprechung zum breach of trust: Galbraith Adm. v. Arlington Mutual Life Insurance Co., 75 Ky. 29 (1876); Dunning v. Gibbs, 213 Ky. 81, 280 S.W.483 (1926); Vgl. auch Müller-Freienfels S.77 Anm. 52.

(9) s.o.S. 67 ff.

(10) Vgl. §§ 173, 122 Abs.2, 276 Abs. 1 S.2; Enneccerus-Nipp. § 184 II 3 c; vgl. oben S. 74.

b. Außenvollmacht

(a) Der "Mißbrauch" der Vertretungsmacht.

Die Frage, wie sich Bösgläubigkeit des Dritten auswirkt, bereitet Schwierigkeiten, wenn der Vertreter zwar pflichtwidrig, aber - nach der ursprünglichen Auffassung zu dieser Frage - im Rahmen seiner ausdrücklich oder stillschweigend-erteilten Außenvollmacht handelt. Das führt zu dem viel diskutierten Problem des "Mißbrauchs der Vollmacht".

Das Problem entstand als Folge des Dogmas von der Abstraktheit der Vollmacht, wonach die Vollmacht ein selbstständiges, in der Entstehung und im Umfang vom Tätigkeitsverhältnis losgelöstes Rechtsgeschäft ist.⁽¹¹⁾

Auch im anglo-amerikanischen Recht ist das "Können" (power) vom "Dürfen" (authority) unabhängig.⁽¹²⁾ Wie im deutschen Recht werden die "Interessen des Dritten... mit Rücksicht auf seinen guten Glauben und die Verkehrssicherheit durch Objektivierung sozialer Tatbestände geschützt, unabhängig vom Willen des Einzelnen".⁽¹³⁾ Dennoch besteht, was die Konstruktion der Vertretungsmacht anbelangt, ein wesentlicher Unterschied zwischen beiden Rechtssystemen. Nach der herrschenden anglo-amerikanischen Auffassung wird die power des agent nicht vom Prinzipal durch Rechtsgeschäft erteilt. Sie wird dem agent vielmehr "kraft Gesetzes" verliehen, weil der Prinzipal gegenüber dem gutgläubigen Dritten den Anschein bestehender authority hervorgerufen hat.⁽¹⁴⁾ Darin liegt, wie oben zu 1 (1) ausgeführt, der Grund, daß sich die bei Bösgläubigkeit des Dritten ergebenden Fragen so einfach lösen lassen.

(11) Die von Ihering (s.S.10 Anm.32) und Laband (s.o.S.10 Anm.33) begründete Lehre hat sich in Rechtsprechung und Schrifttum durchgesetzt, vgl. z.B. RGZ 15,206; 20,52; 43,164; 71,219; 83,352; 117,164; Enneccerus-Nipp. §§ 184,185; vgl. auch Müller-Freienfels S.2 ff., bes. zum Einfluß des Abstraktheitsdogmas auf Zivilgesetze des Auslandes.

(12) s.o.S. 11 f.

(13) vgl. Müller-Freienfels, S.79.

(14) s.o.S. 11 f.; vgl. auch oben Anm.2 mit Hinweis auf Rinck S.123/124.

Die Außenvollmacht nach § 167 BGB hat demgegenüber nicht den Charakter einer kraft Gesetzes w e g e n der Gutgläubigkeit des Dritten und des äußeren Verhaltens des Prinzipals entstandenen Vertretungsmacht. Sie ist vielmehr durch Rechtsgeschäft des Prinzipals erteilte Vertretungsmacht (§ 166 Abs. 2 BGB). Wenn sie auch infolge der objektivierenden Auslegung nach §§ 133, 157 BGB sich dem Dritten unter Umständen anders darstellt, als zwischen Prinzipal und Vertreter vereinbart worden ist, so handelt es sich dennoch um diejenige Vertretungsmacht, die der Prinzipal dem Vertreter "erteilt" hat. Deshalb mißbraucht der pflichtwidrig, aber im Rahmen der Vollmacht handelnde Vertreter nicht wie nach anglo-amerikanischer Auffassung lediglich eine auf Grund des Anscheinstatbestandes und des guten Glaubens des Dritten sich ihm bietende M ö g - l i c h k e i t , den Prinzipal gegen dessen Willen zu verpflichten.⁽¹⁵⁾ Der Vertreter mißbraucht vielmehr die V o l l m a c h t , die der Prinzipal ihm erteilt hat. Daher wurde der Vertreter auch dann als durch die Vollmacht "formell legitimiert" angesehen, wenn er bewußt zum Nachteil des Prinzipals handelte und der Dritte den Mißbrauch kannte oder hätte kennen müssen,⁽¹⁶⁾ und es bedurfte der Anwendung der exceptio doli, damit der Dritte aus dem an sich zustande gekommenen Rechtsgeschäft "keine Rechte gegen den Machtgeber herleiten" konnte.⁽¹⁷⁾ Hupka,⁽¹⁸⁾

(15) Collins, M.R., in Hambro v. Burnand, s.o.S.83, vgl. auch Rinck S.124.

(16) Da die Vertretungsmacht bejaht wurde, konnte überhaupt erst das Mißbrauchsproblem entstehen; denn mißbrauchen kann man nur etwas tatsächlich Bestehendes, Rinck S. 112/113; vgl. auch Müller-Freienfels S.77.- Kennen oder Kennenmüssen des Umstandes, daß der Vertreter dem Interesse des Prinzipals zuwiderhandelt, ist gleichbedeutend mit Kennen oder Kennenmüssen des Mißbrauchs, st.RSpr. und h.M., RGZ 75,299; 108,405; 118,312; 130,131; 134,67; 143,196; 145,311; HRR 29 Nr.84; 32 Nr.434; 33 Nr.277,992; JW 31,2229; 36,643; Lehmann § 36 VI 4 ; Enneccerus-Nipp. § 183 I 5.

(17) RGZ 71, 219.

(18) S. 241; S. 188 "... der Dritte braucht sich nur um die Vollmachtmäßigkeit des Geschäftes zu kümmern, daß der

von Tuhr,⁽¹⁹⁾ Oertmann⁽²⁰⁾ und Staub-Bondi⁽²¹⁾ wollten bei nicht kollusionsmäßigem Mißbrauch die exceptio doli nicht anerkennen: das Abstraktheitsdogma des eigentlich dem Schutz des redlichen Verkehrs dienen sollte, wurde so derartig ausgedehnt, daß es schließlich dem bösen Glauben zugute kam.⁽²²⁾ Enneccerus,⁽²³⁾ Planck-Flad,⁽²⁴⁾ Staudinger-Riezler⁽²⁵⁾ und die Rechtsprechung des Reichsgerichts⁽²⁶⁾ bejahten zwar auch die Vertretungsmacht des pflichtwidrig handelnden Vertreters; gewährten aber die exceptio doli nicht nur bei Kollusion, sondern bereits dann, wenn der Dritte das treuwidrige Verhalten des Vertreters kannte oder hätte kennen müssen.

Die unbefriedigende Konsequenz des Abstraktheitsdogmas, daß auch der pflichtwidrige Abschluß durch die Vollmacht gedeckt war und daß an sich ein wirksames Geschäft zustandegekommen war, wollten Predari,⁽²⁷⁾ Bauer-Mengelberg⁽²⁸⁾ und Staudinger-Riezler⁽²⁹⁾ durch analoge Anwendung des § 181 BGB verhindern. Nachdem Kipp⁽³⁰⁾ die Mei-

Bevollmächtigte... seine Pflichten aus dem Auftrag verletzt hat, ist eine Sache, die nur ihn und den Prinzipal, nicht auch den Dritten angeht. Hat freilich der Dritte nicht nur seine Mandatspflicht verletzt, sondern geradezu in der Absicht gehandelt, den Prinzipal durch das Geschäft zu schädigen, und wußte der andere Teil von dieser Absicht, dann liegt zwar auch keine Vollmachtsüberschreitung vor, wohl aber kann der Prinzipal wegen dieses dolosen Vorgehens im Klage- oder Einredewege die Recission des Geschäfts begehren."

(19) S. 400.

(20) Anm. 4 f zu § 166 BGB.

(21) Anm. 2 zu § 50 HGB.

(22) vgl. Müller-Freienfels S.77 mit Hinw. auf Hölder in AcP 73, 118.

(23) 12.Aufl., § 170 I 4.

(24) 4. Aufl., Anm. 7 c zu § 167 BGB.

(25) 10. Aufl., Anm. 7 zu § 164, Anm. 8 b zu § 167 BGB.

(26) Vgl. bes. RGZ 71, 219; 75, 299; JW 36, 643; weit. Nachw. RGRK. Anm. 4 zu § 166 BGB. Das RG stützte sich zunächst auf § 826, dann auf § 242 BGB; s. auch die Rechtspr.-Hinweise in Anm. 16.

(27) Gruch. 63, 675 ff.

(28) S. 37 ff., 54 ff. sowie in JW 31, 2229.

(29) 9. Aufl., Anm. 9a zu § 181 BGB. Gegen diese Ansicht RG JW 31, 2229.

(30) RGPrax. Bd. 2 S. 273, 287.

nun vertreten hatte, im Falle des Mißbrauchs sei das vom Vertreter geschlossene Rechtsgeschäft durch die Vertretungsmacht nicht gedeckt, wenn der Dritte wisse oder infolge von Fahrlässigkeit nicht wisse, daß der Vertreter seine Vertretungsmacht mißbraucht, bildete sich im Zuge der "Ethisierung des Privatrechts" die moderne deutsche Auffassung, wonach dem unredlichen Dritten gegenüber keine Vertretungsmacht besteht, also das vom Vertreter abgeschlossene Rechtsgeschäft nach § 177 BGB schwebend unwirksam ist.⁽³¹⁾ Unredlich (bösgläubig) ist, wer die Pflichtwidrigkeit kannte oder kennen mußte, d.h. infolge von (einfacher) Fahrlässigkeit nicht kannte.⁽³²⁾

Wie Siebert zutreffend meint, ist die Vertretungsmacht durch die Pflicht zu getreuer Ausübung begrenzt: Wo die Redlichkeit des Dritten und damit seine Schutzberechtigung aufhört, liegt die Grenze der Wirksamkeit der Vertretungsmacht.⁽³³⁾ Damit nähert er sich der anglo-amerikanischen Auffassung. Den Grund für den Schutz des redlichen Dritten sieht er im Rechtsscheinprinzip.⁽³⁴⁾

Rinck erreicht dieses Ergebnis mit dem "Umkehrschluß zum Vertrauensschutz": Vollmacht ist erteilt, wenn der Dritte aus der Erklärung des Prinzipals schließen durfte (§§ 133, 157 BGB), dieser wolle durch das vom Vertreter abgeschlossene Geschäft gebunden werden. Umgekehrt ist Vollmacht nicht erteilt, wenn der Dritte wußte oder wissen mußte, daß der Prinzipal durch das Geschäft nicht gebunden werden wollte; wenn guter Glaube schützt, muß böser Glaube schutzlos machen.⁽³⁵⁾

(31) Müller-Freienfels S. 77 Anm. 52 m.w.Nachw.; vgl. bes. Siebert in Z.f.d.ges.Staatsw. 95, 629 ff.; Stoll S.115 ff.; Hammel in JW 33, 2875; Rinck S. 116; Levy S. 47; Lehmann § 36 VI 4; Enneccerus-Nipp. § 183 I 5.

(32) h.M. und st.Rspr., vgl. z.B. BGZ 145, 315; 143, 199; Siebert a.a.O. (S.650; Rinck S.116/117.

(33) a.a.O. (S.654); vgl. auch Lehmann in JW 34, 683.

(34) a.a.O. (S.649); vgl. auch Stoll S. 128.

(35) S. 116.- Diese Schlußfolgerung aus der Erklärung des Prinzipals entfällt allerdings bei der internen Bevollmächtigung, überhaupt kann bei der Innenvollmacht vom Rechtsschein nur die Rede sein, wenn eine Kundgabe nach §§ 171, 172 BGB vorliegt.

(b) Mißbrauch in Form der Kollusion

Das arglistige Zusammenwirken des Vertreters mit dem Dritten, d.h. der "eigennützige Vertrauensbruch" auf Seiten des Vertreters und die "bewußte Ausnutzung dieses Vertrauensbruchs" auf Seiten des Dritten, ist sittenwidrig und hat zur Folge, daß das Rechtsgeschäft zwischen dem Prinzipal und dem Dritten nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig ist. Es kommt weder darauf an, ob durch die heimliche Abmachung zwischen Vertreter und Drittem tatsächlich ein Nachteil für den Prinzipal entstand, noch ist erforderlich, daß der Vertreter und der Dritte dem Prinzipal Nachteile zufügen wollten. Es genügt, daß die Handelnden sich der Tatumstände bewußt waren, die ihrem Tun den Stempel der Sittenwidrigkeit aufdrücken.⁽³⁶⁾

(36) RGZ 161, 229 ff. (1939); jetzt h.M. vgl. Rinck S.114 m.w.Nachw.; Siebert a.a.O. (S.637); Lehmann § 36 VI 4; Berger S. 27 und Bäumer S. 7 (jeweils m.w.Nachw.). Das RG verlangte noch in RGZ 136, 360 f. (1932), das arglistige Zusammenwirken müsse die Vertragsbedingungen zu Ungunsten des Prinzipals beeinflußt haben; was allerdings bei Gewährung eines Schmiergeldes prima facie anzunehmen sei, so daß der Dritte nachzuweisen habe, daß der Vertrag auch ohne das "Schmieren" zu denselben Bedingungen zustandegekommen sein würde. - Enneccerus-Nipp. (§ 191 Anm.14) meint, daß bei Kollusion durch Bestechung des Vertreters richtiger die Regeln über den Vollmachtsmißbrauch, also letztlich die §§ 177 ff. BGB anzuwenden seien. - RGZ 58, 356 und 71, 219 sowie u.a. von Tuhr (S.400), Hupka (S.241) und Oertmann (Anm.4 f zu § 166) nahmen an, daß grundsätzlich die §§ 826, 249 BGB anzuwenden seien, d.h. daß der Dritte in der Weise Schadensersatz zu leisten habe, daß er den Vertrag als nicht abgeschlossen gelten läßt (vgl. dazu auch Rinck S. 113 und Bäumer S.7). - Besteht die Kollusion darin, daß Vertreter und Dritter zum Nachteil des Prinzipals ein Scheingeschäft geschlossen haben, so kann letzterer sich nicht auf § 117 BGB berufen; das Geschäft ist daher wirksam, vgl. Berger S. 31 ff.; Levy S. 52 ff., Enneccerus-Nipp. § 182 Anm. 7, jeweils m.w. Nachw.

Der Prinzipal ist so dagegen gesichert, aus dem sittenwidrigen Geschäft in Anspruch genommen zu werden. Darüber hinaus verpflichtet die Kollusion den Vertreter und den Dritten nach §§ 826, 840, 249 BGB, gesamtschuldnerisch Schadensersatz zu leisten.⁽³⁷⁾ Der Prinzipal hat mithin Anspruch darauf, daß der Zustand hergestellt werde, der ohne das arglistige Zusammenwirken bestanden haben würde. Das kann im Falle der Bestechung darauf hinauslaufen, daß der Prinzipal ähnlich wie im anglo-amerikanischen Recht diejenige Leistung erhält, die er ohne das "Schmieren" erhalten haben würde. Voraussetzung ist jedoch, daß das Geschäft auch ohne das "Schmieren" zustandegekommen wäre. Es besteht eine tatsächliche Vermutung dafür, daß die Zuwendung des "Schmiergeldes" auf Kosten des Prinzipals geschah, also die Vertragsbedingungen zu dessen Ungunsten beeinflußt hat.⁽³⁸⁾

(2) Die der "agency power" entsprechenden Fälle der Innenvollmacht

Liegt der seltene Fall vor, daß der Prinzipal dem Vertreter intern eine über den Auftrag hinausgehende Vollmacht erteilt hat,⁽³⁹⁾ so besteht dennoch keine Vertretungsmacht, wenn der Dritte weiß oder wissen muß, daß der Vertreter pflichtwidrig handelte.⁽⁴⁰⁾

Entsprechendes gilt in den Fällen, in denen die Vertretungsmacht darauf beruht, daß dem Dritten die Nachprüfung bei verständiger Würdigung unmöglich und daher unzumutbar ist. Denn der Grund, auf dem der Schutz des Dritten beruht, fällt weg, sobald der Dritte weiß, daß der

(37) Enneccerus-Nipp. § 183 I 5; Bäumer S. 7.

(38) vgl. dazu die Ausführungen des RG in RGZ 136, 360 (s. o. Anm. 36), wonach eine solche Beeinflussung der Vertragsbedingungen prima facie anzunehmen ist. - Abgesehen von der etwaigen gesamtschuldnerischen Haftung des Vertreters und des Dritten nach § 826 BGB hat der Vertreter das Schmiergeld dem Prinzipal nach § 667 BGB herauszugeben, RGZ 99, 31; 164, 98 mit w. Nachw.

(39) s.o. S. 115.

(40) s.o. Anm. 31 und 32.

Vertreter pflichtwidrig handelt. Wie beim Mißbrauch der Vertretungsmacht und der Scheinvollmacht muß auch hier das Kennenmüssen der Kenntnis gleichstehen.

Wie erwähnt, ⁽⁴¹⁾ entsprechen die Fälle der "agency power" des "general agent" im wesentlichen denen der §§ 49, 54, 55, 125 HGB.

Der Umfang der Vertretungsmacht des Prokuristen und des Gesellschafters ist unbeschränkbar (§§ 50, 126 HGB). Dennoch gilt, soweit Kollusion vorliegt oder der Dritte weiß, daß der Vertreter bewußt zum Nachteil seines Prinzipals handelt, das gleiche wie für die Vollmacht nach § 167 BGB. ⁽⁴²⁾ Dagegen wurde und wird noch heute weitgehend die Auffassung vertreten, daß fahrlässige Unkenntnis des Dritten nicht genüge, da es dem Gesetz und praktischen Bedürfnissen widerspreche, den Dritten zur Nachprüfung zwingen zu wollen. ⁽⁴³⁾

Dem ist entgegenzuhalten, daß die Frage, ob der Dritte zur Nachprüfung verpflichtet war, sich doch nur dann stellt, wenn ein hinreichender Verdacht den Mißbrauch der Vertretungsmacht argwöhnen ließ; und ob es gegen das Gesetz verstößt, wenn man die fahrlässige Unkenntnis für genügend hält, soll ja erst durch richtige Auslegung des Gesetzes geklärt werden. ⁽⁴⁴⁾ Schließlich verstößt es nach der richtigen herrschenden Auffassung auch nicht gegen das Gesetz, daß bei positiver Kenntnis des Mißbrauchs der Prokura keine Vertretungsmacht besteht.

Die §§ 50, 126 HGB, die die Vertretungsmacht des Prokuristen bzw. des Gesellschafters für unbeschränkbar erklären und so der Verkehrserleichterung dienen sollen, sind in ihrer Wirkung durch den übergeordneten Rechtssatz

(41) s.o.S. 126 f.

(42) h.M. und st. Rspr., vgl. Schlegelberger-Hildebrandt § 50 Anm. 2; Baumbach-Duden 13. Aufl. § 126 Anm. 5 C; Gierke S. 132; Rinck S. 119.

(43) Gierke a.a.O.; Schlegelberger-Hildebrandt a.a.O.; vgl. auch Rinck a.a.O. mit w.Nachw.

(44) vgl. auch Soergel-Siebert Anm. C I 2 c und C III 4 b zu § 242 BGB.

begrenzt, daß jede Vertretungsmacht - mag sie beschränkbar sein oder nicht - durch die Pflicht zu getreuer Ausübung beschränkt ist und den redlichen Verkehr, nicht aber den eigennützigen Mißbrauch erleichtern soll. Redlich und schutzwürdig ist aber nicht, wer unter den gegebenen Umständen Grund hat zu argwöhnen, daß der Prokurist bzw. Gesellschafter die Vertretungsmacht eigennützig mißbraucht.⁽⁴⁵⁾

Weiter darf die Prüfungspflicht des Dritten indes nicht ausgedehnt werden. So wird die Vertretungsmacht des Prokuristen bzw. des Gesellschafters nicht schon dadurch eingeschränkt, daß der Dritte weiß oder wissen muß, daß der Vertreter, ohne arglistig zum Nachteil des Prinzipals zu handeln, seine Vertretungsbefugnis, also die ihm erteilten Weisungen überschreitet.⁽⁴⁶⁾

Dagegen sind in den Fällen der §§ 54, 55 HGB Beschränkungen jeder beliebigen Art gegenüber demjenigen wirksam, der sie kannte oder kennen mußte.⁽⁴⁷⁾

(45) so im Ergebnis auch Kipp RG-Prax. Bd. 2 S. 286; Hammel in JW 33, 2875; Rinck S. 119; Siebert a.a.O. (S.646) mit der Einschränkung, daß nur grob fahrlässige Unkenntnis des Mißbrauchs schaden soll; Baumbach-Duden (13.Aufl.) Anm. 2 A zu § 50 und bes. 5 D mit Hinw. auf Hueck, Das Recht der OHG, § 20 III 2; RGZ 145, 312 ff. bzgl. des Vorstands einer Akt.-Ges.; vgl. aber RG JW 35, 1085 (zu § 50 HGB) und das obiter dictum in RGZ 153, 374 (zu § 126 HGB), wonach nur Kollusion schaden soll.

(46) Baumbach-Duden (13.Aufl.) § 126 Anm. 5 D; (11.Aufl.) Ueb. C a vor § 48 HGB; RG JW 35, 1085.

(47) §§ 54 Abs. 3, 55 Abs. 1 HGB; Schlegelberger-Hldbr. Anm. 4 zu § 54 HGB.

L e b e n s l a u f

Am 17.5.1926 wurde ich in Lünen als Sohn des Bergingenieurs Heinrich Böcker und seiner Frau Hubertine geb. Pilgram geboren. Nach der katholischen Volksschule besuchte ich von 1936 an die Oberschule in Lünen, und zwar vom 15.2.1943 an bei gleichzeitigem Einsatz als Luftwaffenhelfer. Bei meiner Einberufung am 18.9.1943 erhielt ich den Reifevermerk. Nach Dienst bei der Kriegsmarine und britischer Gefangenschaft nahm ich an einem achtmonatigen Abiturlehrgang an der Oberschule Lünen teil und bestand dort am 22.9.1946 die Reifeprüfung. Vom Wintersemester 1946/47 an studierte ich an der Universität Würzburg sieben Semester Rechtswissenschaft. Am 20.2.1950 legte ich vor dem bayerischen Justizprüfungsamt die erste Staatsprüfung ab. Nach dem Vorbereitungsdienst bestand ich am 5.11.1953 vor dem Prüfungsamt Düsseldorf die Große Staatsprüfung. Am 1.2.1954 trat ich in den Justizdienst - zunächst den staatsanwaltlichen Dienst - in Nordrhein-Westfalen ein und wurde mit Wirkung vom 1.6.1958 zum Landgerichtsrat ernannt. Nach mehrjähriger Abordnung an den durch Art.6 des III. Teils des Überleitungsvertrags errichteten, mit deutschen und britischen Mitgliedern sowie einem norwegischen Vorsitzenden besetzten 2. Senat des Obersten Rückerstattungsgerichts in Herford wurde ich zum 1.9.1962 an das Auswärtige Amt abgeordnet.

Im Sommersemester 1957 sowie im Wintersemester 1959/1960 war ich Gasthörer der juristischen Fakultät der Universität Münster.

Ich bin deutscher Staatsangehöriger, seit 1956 verheiratet und habe zwei Kinder.

